

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MODELOS PENAIIS MINIMALISTAS:
CONTRIBUIÇÕES E LIMITES NA RECONSTRUÇÃO DA
LEGITIMIDADE DOS SISTEMAS PENAIIS
CONTEMPORÂNEOS**

Mestranda: Ester Eliana Hauser

Orientadora: Profª Drª Vera Regina Pereira de Andrade

Florianópolis, julho de 2001.

**MODELOS PENAIIS MINIMALISTAS: CONTRIBUIÇÕES E LIMITES NA
RECONSTRUÇÃO DA LEGITIMIDADE DOS SISTEMAS PENAIIS
CONTEMPORÂNEOS**

ESTER ELIANA HAUSER

**DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COMO REQUISITO À OBTENÇÃO DO TÍTULO
DE MESTRE EM DIREITO**

ORIENTADORA: Profa. Dra. VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE

FLORIANÓPOLIS

2001

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação **MODELOS PENAIIS MINIMALISTAS: CONTRIBUIÇÕES E LIMITES NA RECONSTRUÇÃO DA LEGITIMIDADE DOS SISTEMAS PENAIIS CONTEMPORÂNEOS** elaborada por ESTER ELIANA HAUSER e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

Florianópolis, maio de 2001.

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Dra. ODETE MARIA DE OLIVEIRA – Presidente


Prof. Dr. ANTÔNIO CARLOS WOLKMER – Membro da Banca


Prof. Dr. SÉRGIO CADEMARTORI – Membro da Banca

Profa. Orientadora:


Dra. VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE

Coordenador do Curso:


Prof. Dr. CHRISTIAN CAUBET

À meus pais, Ivone e Edelmiro,
que me ensinaram a coragem e a perseverança.

À Vanessa, filha querida,
minha amiga e companheira.

AGRADECIMENTOS

A querida Vera, pelo carinho e pela contribuição na realização deste trabalho.

A meus colegas do curso de Pós-Graduação, em especial a Letícia e Josiane, pelas maravilhosas horas compartilhadas.

Aos professores e funcionários do Centro de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina.

A todos os professores, funcionários e alunos do Departamento de Estudos Jurídicos da UNIJUÍ pelo inestimável incentivo, auxílio e compreensão.

A Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, UNIJUÍ, pelo apoio financeiro, sem o qual a realização do curso de Mestrado talvez não tivesse sido possível.

A meu companheiro Suimar pelo carinho, incentivo, apoio e, sobretudo, pelas inúmeras horas de discussão e de reflexão compartilhadas.

RESUMO

O presente trabalho tem como propósito apresentar os modelos penais minimalistas de Alessandro Baratta e Luigi Ferrajoli, compreendendo como e em que medida os mesmos contribuem para a reconstrução da legitimidade dos sistemas penais, notadamente no que se refere a aceitação do Direito Penal e do Sistema Penal como instrumentos de combate a violência e de consolidação dos direitos humanos.

O trabalho é composto de uma introdução, mais quatro capítulos e considerações finais. O primeiro capítulo propõe uma leitura sobre a consolidação histórica do sistema penal contemporâneo e de suas ideologias de legitimação, assim como das correntes críticas que enunciaram sua crise de legitimidade; o segundo capítulo é dedicado a descrição do modelo minimalista de Alessandro Baratta; o terceiro apresenta o modelo minimalista de Luigi Ferrajoli; no quarto capítulo é realizada uma comparação interna dos modelos citados e uma avaliação das contribuições e dos limites que apontam no que se refere a legitimação do direito e do sistema penal enquanto instrumentos de controle da violência e de proteção dos direitos humanos. Realiza-se nele, também, uma avaliação sobre a possibilidade de efetivação de tais modelos no contexto atual, marcado pelo aumento da atividade repressiva do Estado. Por fim, nas considerações finais são realizadas algumas reflexões sobre como e em que medida os referidos modelos contribuem para a reconstrução da legitimidade dos sistemas penais contemporâneos

RESUMEN

Este trabajo tiene el propósito de presentar los modelos penales minimalistas de Alessandro Baratta y Luigi Ferrajoli, comprendiendo cómo y en qué medida contribuyen para la legitimidad de los sistemas penales, notadamente en lo que se refiere a la aceptación del Derecho Penal y del Sistema Penal como instrumentos de combate a la violencia y de consolidación de los derechos humanos.

El trabajo está compuesto de una introducción, cuatro capítulos y consideraciones finales. El primer capítulo propone una lectura sobre la consolidación histórica del sistema penal contemporáneo y de sus ideologías de legitimación, así como de las corrientes críticas que enunciaron su crisis de legitimidad; el segundo capítulo está dedicado a la descripción del modelo minimalista de Alessandro Baratta; el tercero presenta el modelo minimalista de Luigi Ferrajoli; en el cuarto capítulo se hace una comparación interna de los límites que apuntan en lo que se refiere a la legitimación del derecho y del sistema penal como instrumentos de control de la violencia y de protección de los derechos humanos. Además, en este capítulo se evalúa la posibilidad de validez de tales modelos en el contexto actual, marcado por el aumento de actividad represiva del Estado. Finalmente, en las consideraciones finales están relacionadas algunas reflexiones sobre cómo y en qué medida los referidos modelos contribuyen para la reconstrucción de la legitimidad de los sistemas penales contemporáneos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
 CAPÍTULO I – A CRISE DE LEGITIMIDADE DO SISTEMA PENAL CONTEMPORÂNEO E A EMERGÊNCIA DOS DISCURSOS MINIMALISTAS	
1.1 A configuração do Sistema Penal Contemporâneo e de suas ideologias de legitimação.....	23
1.1.1 A Escola Penal Clássica.....	26
1.1.2 A Escola Penal Positiva	35
1.1.2 A Escola Técnica Jurídica.....	43
1.1.4 As Escolas Penais e as ideologias de justificação do controle punitivo.....	46
1.2 A deslegitimação do sistema penal	51
1.2.1 A desconstrução historiográfica	51
1.2.2 A desconstrução sociológica	55
1.2.3 A criminologia crítica	66
1.2.4 A crítica à legalidade e à utilidade enquanto pilares de justificação do controle punitivo	72
1.3 As propostas minimalistas como respostas político-criminais alternativas frente a crise de legitimidade do sistema penal	77

CAPÍTULO II – O MODELO DE INTERVENÇÃO PENAL MÍNIMA DE

ALESSANDRO BARATTA	81
2.1 Os fundamentos da política minimalista de Alessandro Baratta ...	82
2.2 O minimalismo como política criminal alternativa	90
2.3 Os princípios de Direito Penal mínimo	94
2.3.1 Princípios intra-sistemáticos	98
2.3.2 Princípios extra-sistemáticos	103
2.4 O Direito Penal da Constituição na perspectiva Minimalista de Baratta.....	107

CAPÍTULO III – O MODELO DE INTERVENÇÃO PENAL MÍNIMA DE

LUIGI FERRAJOLI	114
3.1 Os fundamentos ético-políticos do controle punitivo	115
3.1.1 A crítica ao justificacionismo e ao abolicionismo	115
3.1.2 A doutrina de justificação do controle penal Mínimo	120
3.2 Os fundamentos jurídicos do controle penal mínimo: Direito Penal mínimo e Garantismo penal	132
3.3 Os princípios Garantistas	137
3.4 Legitimação externa X Legitimação interna.....	158
3.5 Estado Constitucional de Direito, Justiça penal e Democracia	161

CAPÍTULO IV – MODELOS PENAIIS MINIMALISTAS

NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO	166
4.1 Os modelos minimalistas de Baratta e Ferrajoli – convergências e divergências	166
4.2 Minimalismo penal e redução da violência punitiva	172

4.3 Os limites do minimalismo penal como instrumento para a afirmação dos direitos humanos	177
4.4 O minimalismo penal no contexto político-econômico do capitalismo contemporâneo	182
CONSIDERAÇÕES FINAIS	198
BIBLIOGRAFIA	199

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de análise o Minimalismo Penal, enquanto proposta teórica que propugna pela redução ao máximo da esfera de atuação do controle penal institucionalizado. Nele serão analisadas duas perspectivas teóricas minimalistas construídas a partir do reconhecimento da crise de legitimidade que se verifica no sistema penal contemporâneo e que, apesar de defenderem incondicionalmente a máxima redução do controle penal como instrumento necessário para a contenção da violência punitiva e para a afirmação do respeito aos direitos humanos, diferenciam-se porque discutem o problema da legitimidade do controle penal estatal a partir de prismas diferentes.

Os modelos minimalistas analisados são, respectivamente, os desenvolvidos por Alessandro Baratta e Luigi Ferrajoli. Sua escolha deve-se não só a expressão dos nomes de seus autores, mas sobretudo ao alcance teórico das construções por eles elaboradas. A construção minimalista de Baratta passa por fases distintas e reflete a postura epistemológica do autor no sentido da adoção de um pensamento contextual, historicista e dialético, sendo expressa, de modo sucessivo, sobretudo nos textos "Por una teoria materialista de la criminalidad y del control social", "Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal", "Principios del derecho penal mínimo - Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal", "Direitos Humanos : entre a violência estrutural e a violência penal" e, finalmente, no texto "La Política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nueva reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias

Penales". A construção minimalista elaborada por Ferrajoli é, ao contrário, mais unitária, estando expressa sobretudo na obra "Derecho y Razon : Teoria del Garantismo Penal".¹

Partindo da análise descritiva dos modelos em questão, o trabalho desenvolverá um estudo comparativo entre as propostas minimalistas de Luigi Ferrajoli e Alessandro Baratta, destacando seus principais pontos de convergência e divergência, e avaliando como estas se contrapõem aos sistemas penais vigentes nas sociedades contemporâneas e como e em que medida conferem legitimidade a intervenção penal estatal.

A pesquisa tem como base as construções elaboradas pela Sociologia Criminal, pela Historiografia dos Sistemas Penais, pela Criminologia Crítica, pela Filosofia do Direito e pelo Direito Penal Crítico. Para sua realização foi utilizado o método comparativo, tendo sido descritos cada um dos modelos minimalistas e efetuada uma análise comparativa entre os mesmos, em que são apontados os principais elementos de convergência e divergência, especialmente no que tange as contribuições e aos limites que apresentam em relação a relegitimação do Direito e dos sistemas penais contemporâneos.

A eleição da temática se justifica pelo fato das propostas minimalistas analisadas se constituírem em respostas teóricas que, situadas no campo das políticas criminais alternativas, buscam enfrentar a crise de legitimidade que assola os sistemas penais contemporâneos. São, portanto, modelos que enfrentam a crise de legitimidade e que se apresentam como respostas a ela.

O modelo minimalista proposto por Alessandro Baratta discute a questão da legitimidade do controle penal a partir de um enfoque sociológico e

¹ Como a maior parte das obras analisadas durante o trabalho estão disponíveis na língua espanhola e considerando a necessidade de utilização de citações de partes das mesmas é importante sublinhar, já de início, que todas as citações relativas a elas estão em língua portuguesa, tendo sido livremente traduzidas pela autora desta dissertação.

criminológico de base crítica. Trata-se de uma abordagem que parte da negação da criminologia positivista tradicional, de base etiológica, e da ideologia da defesa social a ela relativa e que incorpora os aportes teóricos da criminologia da reação social, desenvolvendo a partir e para além dela, uma compreensão macrossociológica do controle penal. Essa compreensão considera que a análise das condições objetivas, estruturais e funcionais que constituem o desvio na sociedade capitalista é fundamental para uma interpretação estrutural da funcionalidade do sistema penal nestas sociedades e para a avaliação da legitimidade da atuação punitiva do Estado. Ao considerar a operacionalidade seletiva, estigmatizadora, ilegal e altamente violenta dos sistemas penais contemporâneos, que evidencia uma funcionalidade real totalmente distanciada daquela declarada oficialmente, Baratta procura demonstrar a ilegitimidade deste modelo de controle e a necessidade de sua superação. Não obstante isso, reconhece a dificuldade política e cultural de superação, a curto e médio prazo, do modelo punitivo/institucional de controle, propondo um modelo penal de intervenção mínima, em que possam ser resguardados, ao máximo, os direitos dos apenados e, a partir do qual, possa se conter a violência punitiva protagonizada pelos sistemas penais contemporâneos.

O modelo apresentado por Ferrajoli, partindo de uma base teórica distinta, discute a questão da legitimidade do controle punitivo a partir de dois enfoques distintos: um externo ao direito - filosófico (ético-político) – e um interno – jurídico –, avaliando a relação de interdependência que se construiu entre estes campos a partir da formação do Estado Constitucional de Direito. Discute a questão relativa à legitimidade externa, ou ético-política, do controle penal, a partir de uma avaliação das principais construções teóricas que, desde o início da modernidade, procuraram justificar a necessidade da intervenção punitiva exclusivamente estatal. Partindo da faceta liberal da matriz política contratualista, recepcionada no Direito Penal por pensadores utilitaristas como Jeremy Bentham e Cesare Beccaria, propõe um novo fundamento ético-político legitimador da intervenção punitiva estatal: o minimalismo penal fundado em um neo-utilitarismo ou em um

utilitarismo penal reformado. Desenvolve, paralelamente à discussão relativa à legitimidade externa do controle punitivo, uma abordagem propriamente jurídica, relativa à legitimidade interna ou jurídica do controle punitivo, considerando a matriz positivista exposta por Kelsen e incorporada por Norberto Bobbio. Neste momento, acentua a importância do princípio da legalidade estrita, enquanto princípio limitador do poder proibitivo e punitivo do Estado e enquanto princípio responsável pela constituição da estrutura normativa dos Estados Constitucionais de Direito, onde os poderes públicos estão limitados, formal e substancialmente, pelo direito. Em seu conjunto, a abordagem proposta por Ferrajoli representa a mais nova e elaborada tentativa de racionalização do poder repressivo do Estado e, portanto, de sua legitimação discursiva.

Os dois modelos teóricos minimalistas estão profundamente imbricados com as discussões em torno do abolicionismo penal. O primeiro deles porque concebe o minimalismo penal como o caminho necessário para uma desejável superação cultural e política do modelo punitivo de sociedade. Trata-se de um modelo que traça estratégias de atuação que se colocam no plano intra-sistêmico, a partir das quais busca enfrentar o grave problema da violência penal através da afirmação das garantias jurídicas próprias do Estado de Direito, e estratégias que se referem ao espaço extra-sistêmico que sinalizam, ainda que utopicamente, para a superação cultural e política do modelo punitivo de controle. Neste sentido, o modelo minimalista proposto por Baratta está diretamente relacionado ao ideal abolicionista porque se trata de um modelo aberto que, apesar de trabalhar com o instrumental penal com vistas a sua minimização, não abdica da utopia de uma sociedade em que a cultura do penal seja completamente superada, sendo substituída por outros instrumentos, considerados menos violentos e mais eficazes para a resolução dos conflitos sociais.

O modelo minimalista proposto por Ferrajoli está, do mesmo modo, profundamente imbricado com as discussões em torno do abolicionismo penal, mas, diversamente da perspectiva proposta por Baratta que contempla o ideal

abolicionista, Ferrajoli constrói um discurso relegitimador para o Direito Penal. Este discurso funda-se, justamente, na negação absoluta dos ideais abolicionistas e centra-se na crença incondicional no papel do Estado e do Direito como “entes” necessários para a intermediação dos conflitos e para o controle da violência na sociedade. Neste sentido, enquanto o modelo de Ferrajoli nega o abolicionismo, a partir de critérios ético-políticos, reafirmando a racionalidade e, portanto, a legitimidade da intervenção punitiva estatal mínima, o modelo proposto por Baratta aparece como uma resposta política criminal alternativa para a crise de legitimidade que assola os sistemas penais contemporâneos que, não obstante defenda a idéia da intervenção penal mínima, não nega a possibilidade de se chegar, a longo prazo, a outros instrumentos de resolução de conflitos, menos violentos e mais eficazes que o direito penal.

Como a perspectiva teórica minimalista parte da crítica ao modelo de controle punitivo vigente nas sociedades ocidentais contemporâneas, propondo a imposição de limites maiores ao poder proibitivo e punitivo do Estado e a conseqüente ampliação da esfera de liberdade dos indivíduos diante deste poder, sua análise pressupõe um amplo conhecimento do processo de constituição do modelo punitivo vigente nessas sociedades e, especialmente, das principais linhas discursivas responsáveis por sua legitimação/sustentação. Este modelo, que nasce a partir da formação, no século XVIII, do Estado liberal burguês, e que se desenvolve nos séculos XIX e XX, sobrevivendo à emergência do modelo intervencionista de Estado, foi justificado a partir de discursividades desenvolvidas, especialmente pelas Escolas Penais Clássica, Positiva e Técnica-Jurídica.

Neste sentido, no primeiro capítulo serão descritos os principais movimentos teóricos que, através da racionalização discursiva, foram responsáveis pela consolidação/manutenção do modelo punitivo/carcerário de controle e pela sua legitimação. Em seu conjunto, estes movimentos, aceitos e incorporados pela historiografia oficial, foram responsáveis pela constituição da ideologia da defesa

social, que veio a se constituir como ideologia penal dominante, tanto na ciência, como no senso comum. A ideologia da defesa social pode ser descrita como a ideologia que "... sintetiza (...) o conjunto das representações sobre o crime, a pena e o Direito Penal construídas pelo saber oficial e, em especial, sobre as funções socialmente úteis atribuídas ao Direito Penal (proteger bens jurídicos lesados garantindo também uma penalidade igualitariamente aplicada para os seus infratores) e à pena (controlar a criminalidade em defesa da sociedade, mediante a prevenção geral (intimidação) e especial (ressocialização)". (Andrade, 1997, p. 136). Ela apresenta o sistema penal como um sistema que nasce e se desenvolve a partir da necessidade de proteção dos bens jurídicos mais expressivos para a sociedade e, paralelamente a isso, como um sistema em que o poder punitivo, monopolizado pelo Estado, é autolimitado pelo Direito Penal, realizando-se no marco da estrita legalidade e da garantia dos Direitos Humanos para o imputado (Andrade, 1997, p. 137). Como nota Andrade (1997, p. 178-179), são dois os pilares de legitimação construídos pelo saber penal oficial, responsáveis pela consolidação da ideologia da defesa social: a utilidade, que diz respeito aos fins socialmente úteis a serem perseguidos pela pena, e a legalidade, enquanto instrumento de programação e limite normativo para a atuação repressiva do Estado.

Uma vez realizada a exposição em torno do processo de configuração do modelo de repressão e do sistema penal moderno a partir das histórias oficiais e das ideologias de legitimação, far-se-á, ainda na primeira parte do trabalho, uma abordagem relativa ao contexto epistemológico crítico a partir do qual foram forjadas as concepções minimalistas analisadas. Neste momento, o trabalho priorizará a abordagem em torno de teorias que, desde uma perspectiva historiográfica, sociológica e criminológica (de base crítica), colocaram em xeque o conjunto de princípios que compõem a ideologia da defesa social e também os pilares de sustentação discursiva do sistema.

Nos capítulos II e III serão analisadas, respectivamente, as propostas minimalistas de Alessandro Baratta e de Luigi Ferrajoli, que se apresentaram como propostas político-criminais alternativas diante da crise de legitimidade do sistema penal. O modelo minimalista proposto por Baratta é constituído a partir de uma releitura historiográfica sobre as origens do modelo de controle punitivo e sobre os motivos de sua sustentação até os dias atuais, não obstante o fracasso demonstrado na realização de suas promessas normativas, assim como da interpretação estrutural e funcional dos dados relativos à operacionalização seletiva/ilegal e altamente violenta deste sistema. Trata-se de uma crítica que parte da superação do paradigma criminológico etiológico tradicional e da aceitação dos postulados desenvolvidos pelo paradigma da reação social (labelling approach). Neste sentido, desloca sua análise do binômio delinqüente/crime, tomado como objeto pela criminologia etiológica tradicional, para o sistema de controle penal, enquanto conjunto articulado de instâncias responsáveis pelos processos de definição das condutas desviadas (crimes) e das pessoas que por elas devem responder (criminosos), avaliando os fatores que comandam os processos de reação social/institucional responsáveis pela constituição do crime, enquanto figura abstrata prevista na lei penal (criminalização primária), e do criminoso, enquanto indivíduo selecionado para sofrer a reação punitiva (criminalização secundária).

A perspectiva radical de reforma do sistema penal proposta por Baratta parte de uma Criminologia Crítica, ou seja, de uma Criminologia que busca conhecer os mecanismos seletivos e as funções reais do sistema penal e que, a partir da consciência da desigualdade que orienta os processos de reação social, reconhece como finalidade última do sistema a desigual distribuição do bem negativo criminalidade, através de processos de etiquetamento, que contribuem, em última instância, para a produção e a reprodução da desigualdade social. Reconhece, portanto, os dois pilares de legitimação do sistema construídos pela Dogmática e pela Criminologia tradicional, quais sejam a legalidade e a utilidade, não como instrumentos de igualdade, segurança e bem estar social, mas como

simples mecanismos ideológicos de sustentação do sistema. Este é, portanto, o contexto do qual emerge sua pauta minimalista orientada para a máxima redução do âmbito de ação do sistema penal, para o reforço das garantias individuais frente a função punitiva estatal, para a democratização e humanização do sistema penal e, por fim, para a legitimação e aceitação pública da perspectiva crítica e de seu projeto de minimização.

O modelo minimalista proposto por Ferrajoli parte de uma crítica ao modelo de controle penal construído pela modernidade, reconstruindo-o a partir dos enfoques ético-político e jurídico. Sua crítica também recai sobre os dois grandes pilares de legitimação do controle punitivo: a utilidade e a legalidade, não no sentido de sua superação, mas de sua reformulação e de sua garantia efetiva.

A crítica ao utilitarismo clássico, enquanto princípio ético-político legitimador da intervenção punitiva, deriva do fato de que este paradigma justificacionista fixa como missão para o Direito Penal a busca do bem estar da maioria, ou seja, a defesa da maioria "não desviada" em detrimento da minoria "desviada", permitindo a consolidação de modelos de Direito Penal máximo, em que qualquer lesão aos direitos fundamentais dos "desviados" é justificada em razão do bem estar da maioria. Para Ferrajoli, a necessidade de propor um novo modelo utilitário decorre do fato dele reconhecer que o utilitarismo penal construído a partir do parâmetro benthamiano/ beccariano da "máxima felicidade dividida entre o maior número" padece do defeito de conduzir a modelos de controle excessivamente fortes e ilimitadamente severos. Neste sentido, e para evitar o defeito em que incorrem as doutrinas utilitárias tradicionais, Ferrajoli considera ser necessário recorrer a um segundo parâmetro utilitário que se refira também aos interesses dos desviados. Assim, para ele, a pena deve buscar não só a prevenção de novos delitos, mas, sobretudo, deve prestar-se a garantir a prevenção de penas informais, ou seja, de possíveis reações públicas ou privadas arbitrárias que, na falta do controle penal estatal, poderiam emergir contra os desviados. A tutela dos direitos humanos constitui o fundamento do modelo de justificação (doutrina de justificação) traçado

por Ferrajoli. Para ele, a defesa dos direitos humanos dos cidadãos (desviados ou não desviados) representa a finalidade última do direito penal e, a partir dela, devem ser estabelecidos os limites e vínculos, ou as condições mediante as quais o monopólio da violência pode ser exercido legitimamente pelo Estado. Neste sentido é que, para Ferrajoli, o único controle penal que pode ser justificado, desde uma perspectiva ético-política, é o controle mínimo, ou seja, um modelo de controle que permita somente níveis mínimos de lesão aos direitos fundamentais dos indivíduos desviados e dos não desviados e que represente, por consequência, um menor custo social.

A crítica à legalidade, enquanto pilar de legitimação do controle punitivo é uma crítica que se constitui não ao princípio "em si", mas à feição por ele assumida no contexto moderno e contemporâneo. Trata-se de uma crítica que recai sobre o que considera a "crise da legalidade", enquanto instrumento efetivo de vinculação dos poderes públicos. Observa que esta crise da legalidade representa um dos principais aspectos da crise profunda e crescente pela qual passa o Direito, enquanto "...sistema artificial de garantias constitucionalmente preordenado à tutela dos direitos fundamentais". Ela representa o maior e mais perigoso risco à garantia dos direitos civis, sociais e coletivos, estabelecidos sob forma de direitos fundamentais nas constituições contemporâneas e, ao mesmo tempo, evidencia os níveis de ilegitimidade interna dos sistemas normativos inerentes aos Estados Constitucionais de Direito. A crise da legalidade, enquanto princípio racional de justificação do poder proibitivo/punitivo e enquanto princípio jurídico limitador deste poder, permite, sob sua ótica, a consolidação de modelos de controle penal máximo, ou seja, modelos de controle em que o poder proibitivo e punitivo só é formalmente limitado, mas não o é substancialmente.

Ao final, no quarto e último capítulo, será analisado o papel desempenhado pelos modelos minimalistas como instrumentos eficazes para a contenção das diversas formas de violência, do arbítrio punitivo e o modo pelo qual cada um dos modelos enfrenta a questão relativa à legitimidade do exercício punitivo realizado

pelo Estado. A análise comparativa permitirá demonstrar que, enquanto o modelo proposto por Baratta oferece respostas emergenciais às questões relativas à violência e ao arbítrio punitivo presentes na sociedade contemporânea, que se colocam não tanto no sentido da legitimação do controle penal, mas antes de sua superação, o modelo minimalista proposto por Ferrajoli se presta a reconstituir, desde um plano discursivo e ideológico, a legitimação do controle repressivo do Estado.

Apesar de terem como elo comum o desenvolvimento de estratégias que se referem a defesa incondicional dos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente do condenado, através do rompimento com as ideologias que propugnam pela maximização da violência punitiva, as duas respostas minimalistas analisadas se distanciam por sua posição diferenciada em relação a necessidade e a legitimidade do controle penal formal como instrumento mais eficaz para a resolução dos conflitos sociais e para a afirmação dos direitos humanos. Neste capítulo far-se-á, ainda, uma rápida exposição sobre o contexto histórico em que se apresentam as propostas minimalistas, avaliando-se as possibilidades de sua transformação em práticas políticas concretas. Neste momento, a análise aponta para a dificuldade política de sua implementação.

Não obstante isso o argumento desenvolvido é o de que os modelos penais minimalistas aparecem como importantes discursos de desestruturação e de deslegitimação do Direito e dos sistemas penais, na forma em que os mesmos se apresentam nas sociedades contemporâneas. Contudo, isso não os impede de potencializarem, ainda que em graus diversos, a relegitimação do controle penal. Enquanto o modelo de Ferrajoli elabora um discurso racional de legitimação para Direito Penal mínimo, a partir da afirmação de finalidades que considera realizáveis pela pena e que dizem respeito a proteção dos direitos humanos dos mais frágeis, o modelo minimalista proposto por Baratta potencializa tanto a legitimação quanto a desconstrução do Direito e dos sistemas penais. Isso porque vincula a sustentabilidade de um Direito Penal Mínimo à vigência plena dos

direitos fundamentais e à busca de respostas alternativas às situações problemáticas presentes nas sociedades. Nestas circunstâncias, propõe a transferência do direito penal e da resposta punitiva para um plano rigorosamente acessório, tolerando sua presença residual desde que inserido em um universo de consolidação de políticas integrais de proteção de direitos.

Capítulo I

A CRISE DE LEGITIMIDADE DO CONTROLE PENAL CONTEMPORÂNEO E A EMERGÊNCIA DOS DISCURSOS MINIMALISTAS

1.1. A configuração do sistema penal contemporâneo e de suas ideologias de legitimação.

O final do século XVIII é o momento histórico em que se iniciam profundas e radicais transformações na estrutura do controle penal nas sociedades ocidentais, estabelecendo-se nele a gênese do modelo repressivo contemporâneo. Estas transformações não são isoladas e inserem-se no conjunto de transformações de ordem política, econômica e cultural que se operam naquele contexto histórico, quando se consolida a transição da ordem feudal e do Estado absolutista para a ordem capitalista e para o Estado de Direito Liberal na Europa.

A partir do final do século XVIII e durante o século XIX opera-se a grande transformação dos sistemas de controle do desvio. Cohen (1988, p. 34), sintetiza esta transformação a partir de quatro aspectos fundamentais:

a) O Estado passa a monopolizar o exercício da violência penal –

Há o incremento do papel do Estado no campo do controle do desvio e a hegemonia da lei e do sistema de justiça penal conduzem ao desenvolvimento de todo um aparato de controle e de castigo do crime que se caracteriza pela centralização, racionalização e burocratização;

- b) Desenvolve-se, a partir de um modelo de especialização profissional, o aumento de classificações e diferenciações dos desviados, cada um com seu próprio corpo de conhecimentos científicos;
- c) O cárcere aparece como resposta penal hegemônica. Assume a condição de instrumento dominante para a transformação de comportamentos indesejáveis e como forma predileta de castigo;
- d) Diminuem significativamente o castigo público e o sofrimento físico. A mente substitui o corpo como objeto de repressão penal.

Este modelo de controle consolida-se, até meados do século XIX, na grande maioria das sociedades industriais, e nasce em oposição ao sistema de controle vigente no antigo regime. No período histórico anterior (pré-século XVIII) o controle do delito por parte do Estado era débil, descentralizado e arbitrário; era aberto, difuso, no sentido de realizar-se pela comunidade ou por instituições primárias; o objeto do controle era indiferenciado e sua visibilidade era pública, espetacular, não havendo hegemonia da lei ou do sistema de justiça penal. O objeto de intervenção penal era o corpo do condenado, e as teorias da pena tinham caráter moralista (retributivas- justo preço). (Cohen, 1988. Foucault, 1994).

Dentre as transformações que marcam a passagem do antigo para o moderno modelo de controle acentuam-se, pois, as características da centralização, da racionalização e a adoção da prisão como resposta penal básica. A centralização manifesta-se pela concentração do controle do delito na esfera estatal e é acompanhada pela normativização da atuação punitiva.. Através dela o controle do delito é apresentado como um exercício de poder racional porque, em oposição ao controle vigente no antigo regime, está limitado pela lei. Neste contexto, acentua Andrade (1994, p. 123), o sistema penal adquire uma estrutura marcada pela presença de duas dimensões distintas: uma

dimensão programadora, consubstanciada na elaboração normativa dos delitos e das penas e, portanto, na enunciação legal dos limites do poder de punir, e uma dimensão operacional, que compõe-se do conjunto de decisões e ações dos órgãos responsáveis pelo controle.

Paralelamente à consolidação do sistema penal moderno emerge um conjunto de saberes e teorias que, ao realizar a crítica do modelo de repressão antigo, contribuíram para a consolidação e a racionalização do novo modelo. O Estado, enquanto único legitimado para o exercício do poder de punir, necessitou destas discursividades, saberes e ideologias para a racionalização do exercício da função de controle e para sua justificação. Neste sentido, acentua Andrade (1997, p. 177) que

“Uma característica do controle social formal é a de requerer não apenas a definição do objeto do controle, mas a justificação dos meios empregados para fazê-lo, de modo que suas ações (...) devem receber uma fundamentação racional, e esta constitui o seu marco de legitimação, já que supõe uma aceitação societária destes instrumentos, que, naturalmente, deve ser trabalhada mediante discursividades”.

Assim é que se desenvolve o primeiro conjunto articulado e sistemático de saberes que, muito embora sejam anteriores e/ou concomitantes à consolidação da nova estrutura punitiva, serviram para sua racionalização e justificação. A organicidade de tais saberes, ao contrário das manifestações filosóficas e dos estudos isolados realizados sob a égide do antigo regime, permitiu a consolidação das denominadas escolas penais. Através delas, em especial das escolas Clássica, Positiva e Técnico-Jurídica, desenvolveram-se estudos sistemáticos em torno do crime, do criminoso e da pena e consolidaram-se as discursividades responsáveis pela legitimação do poder punitivo centralizado, a partir da modernidade, no sistema de justiça penal estatal.

1.1.1 A Escola Penal Clássica

A Escola Penal Clássica forma-se justamente no marco histórico de transição da ordem feudal e do Estado absolutista para a ordem capitalista e o Estado Liberal, desenvolvendo-se durante o longo processo de consolidação desta nova ordem (Andrade, 1997, p. 45). Representa o primeiro conjunto sistematizado e articulado de pensamentos sobre o exercício punitivo, que por sua unidade ideológica, e sobretudo metodológica, permitiu-lhe a denominação posterior de 'Escola'.²

Conforme acentua Andrade (1997, p. 46), o saber produzido pelos Clássicos caracteriza-se pela presença inicial de uma Filosofia do Direito Penal e pelo desenvolvimento posterior de um saber jurídico acerca dos conceitos de crime, criminoso e pena. Enquanto o pensamento clássico originário, de orientação filosófica, encontra na obra *Dos Delitos e das Penas* (1764) de Cesare Beccaria sua primeira e principal expressão, o pensamento Jurídico subsequente tem em Francesco Carrarra, com seu *Programa do Curso de Direito Criminal* (1859), o principal expoente.

Durante o seu período fundacional, de carácter notadamente filosófico, o pensamento clássico coloca como problema central a questão relativa aos limites e a justificativa do poder de punir do estado perante a liberdade individual. Sua característica mais marcante é a busca por um fundamento racional para o exercício punitivo do Estado, com vistas a garantir ao indivíduo proteção contra toda e qualquer forma de intervenção punitiva ilimitada e/ou arbitrária. Esta postura reflete a projeção, para o campo penal, da concepção racionalista de ciência³ dominante naquele período histórico, e demonstra a incorporação do

² A expressão "Escola Clássica" foi utilizada em 1880, por Enrico Ferri, para designar o conjunto de pensamentos, muitas vezes heterogêneo, a respeito dos fins da pena e do fundamento do direito de punir do Estado, desenvolvido, durante o século XVIII, a partir da obra de Cesare Beccaria, e XIX, até o advento da Escola Positiva. Não obstante a heterogeneidade dos pensamentos hoje é consensual a tese de que o elemento que permite sua unificação, sob a denominação 'Escola' é, sobretudo, sua unidade metodológica.

³ Conforme observa Andrade (1997, p. 47) a concepção racionalista de ciência do século XVII é orientada por uma concepção mecanicista do universo (o universo é concebido como um sistema ordenado regido por leis

conjunto de pensamentos presentes na filosofia iluminista (racionalismo, humanismo, contratualismo, liberalismo). (Andrade, 1997, p. 47-49)

A obra de Beccaria, enquanto expressão maior do período fundacional da Escola, pode ser apreendida sob um duplo e simultâneo viés: um em que o autor elabora uma crítica negativa ao modelo de justiça penal vigente, marcado pela arbitrariedade, desumanidade das penas, desigualdade, insegurança dos indivíduos ante o poder absoluto do Estado, e outro em que propõe, numa perspectiva de reconstrução, "uma formulação programática dos pressupostos do Direito Penal e Processual Penal, no marco de uma concepção liberal do Estado e do Direito, nas teorias do contrato social, da divisão de poderes, da humanidade das Penas e no princípio utilitarista da máxima felicidade para o maior número de pessoas" (Andrade, 1997, p. 49. Andrade observa que, em sua dimensão prospectiva a obra orienta-se pela exigência de segurança individual diante da arbitrariedade do Príncipe, e sua preocupação central é a instauração de um regime de legalidade capaz de evitar o regime de incerteza e de insegurança punitiva vigente. (1997 p. 49)

Neste sentido, valendo-se da ideologia do Contrato como fundamento racional para o exercício punitivo do Estado, Beccaria propugna pela normativização completa da atuação punitiva⁴. Para ele a racionalidade do exercício punitivo seria garantida pela sua completa normativização, pela

universais que o homem, ser racional, é capaz de compreender) e a ciência é concebida como sendo a adequação da razão subjetiva do homem à razão objetiva do universo. De acordo com o método racional à ciência incumbe a tarefa de investigação das leis e princípios univesais e de sua revelação através do pensamento lógico abstrato.

⁴ Nas palavras de Beccaria (1996, p. 16-18) : "Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar Inimigos por toda a parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo. (...) Por conseguinte, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; daí resulta que cada indivíduo só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do resto. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício de poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é usurpação e não mais um poder legítimo. As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar a seus súditos."

publicidade da codificação, pelo respeito à humanidade, pela adoção de fins socialmente úteis à pena e pela proporcionalidade desta com os delitos, com o abandono de penas cruéis, a serem substituídas pela privação de liberdade como pena por excelência. Sob sua ótica, a origem contratual do poder de punir trazia como conseqüências necessárias: a) a adoção de um regime estrito de Legalidade, no sentido de que somente as leis pudessem indicar penas para cada delito, incumbindo-se exclusivamente ao legislador a tarefa de estabelecer leis penais; b) a adoção de leis gerais e escritas em linguagem comum, acessível a todos os cidadãos e especialmente aos juizes, prescindindo-se assim de qualquer interpretação e garantindo-se igualdade, certeza e segurança jurídica; c) a necessária utilidade da pena, no sentido de que deveria buscar a prevenção de novos delitos, sendo, portanto, proporcional ao crime e o menos cruel possível para o condenado. (Beccaria, 1996, p. 18-19).

A crítica proposta por Beccaria representa o marco a partir do qual se desenvolve um conjunto de pensamentos em torno de um fundamento para o controle punitivo do estado. Segundo Andrade (1997, p. 71) o conjunto de reflexões, que constitui a fase inaugural do programa clássico, é centrado na lógica da liberdade de vontade do indivíduo, na idéia de certeza e de segurança jurídica e está condicionado pelas exigências de uma sociedade e de um Estado de direito liberais, sendo elas as bases ideológicas e programáticas para a reforma do controle Penal e das codificações que se desenvolveram durante o século XIX.

Contemporâneo de Beccaria e apontado como um dos maiores expoentes da filosofia utilitarista e do classicismo penal, Jeremy Bentham reforça o fundamento utilitário como fundamento de justificação para o controle punitivo do Estado. Partindo do pressuposto de que o cidadão deve obedecer ao Estado sempre e à medida que esta obediência contribua mais para a felicidade geral do que a desobediência, Bentham desenvolve o princípio utilitário como princípio filosófico de legitimação do poder punitivo. Para ele, a missão do Estado deveria ser a de produzir a maior felicidade para o maior número de pessoas, no sentido

de que suas ações devessem sempre ser tendentes a proporcionar benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade ou a impedir o dano, a dor, o mal, ou a infelicidade da comunidade. Sob sua ótica, toda a racionalidade normativa deveria ser construída a partir de princípios que constituem o fundamento da própria organização social : a maior felicidade para o maior número possível de pessoas.⁵

Nas palavras do autor

“O objetivo geral que caracteriza todas as leis – ou que deveria caracterizá-las– consiste em aumentar a felicidade global da coletividade; portanto, visam elas em primeiro lugar a excluir, na medida do possível, tudo o que tende a diminuir tal felicidade, ou seja, tudo que é pernicioso” (Bentham, 1979, p.59).

Neste sentido também o exercício punitivo só poderia ser justificado à medida que contribuísse para a maior felicidade geral. Ocorre, porém, e Bentham reconhece isso, que por sua própria essência a punição aparece como um mal, um dano, uma dor imposta a um indivíduo: “.... toda punição constitui um ato pernicioso; toda punição constitui, em si mesma, um mal. Por conseguinte, com base no princípio da utilidade – (....) – uma punição só pode ser admitida na medida em que abre chances no sentido de evitar um mal maior.” (Bentham, 1979, p. 59)

Portanto, desde sua perspectiva utilitária, o controle punitivo não poderia ser justificado: 1) quando não houvesse motivo para a punição; 2) quando a punição fosse ineficaz, não sendo apta a evitar prejuízos maiores do que o causado pela sua utilização; 3) sempre que fosse inútil ou dispendioso, provocando maiores danos do que os que buscasse evitar e; 4) quando fosse

⁵ Bentham propõe uma crítica à teoria dos direitos naturais a partir de dois aspectos fundamentais: 1. Afirma a impossibilidade de sua comprovação histórica (concebe-a como uma mera ficção) e; 2. Porque, sob sua ótica, a mesma não responde a questão relativa ao por que os homens estão obrigados a cumprir compromissos em geral. Propõe, então, uma explicação utilitária para a formação da sociedade política, segundo a qual o cidadão se obriga a cumprir compromissos à medida que sua obediência contribua mais para a felicidade geral do que a desobediência. Bentham substitui a teoria do direito natural pela teoria da utilidade afirmando que o principal significado dessa abordagem está na passagem de um mundo de ficções para um mundo de fatos. Para ele somente a experiência pode provar se uma instituição é útil ou não.

supérfluo, no sentido do prejuízo poder ser evitado sem a sua utilização. (Bentham, 1979, p. 59)

Mesmo nos casos em que a punição pudesse evitar um prejuízo maior deveria ser pautada por quatro objetivos fundamentais e sucessivos: a) evitar qualquer espécie de ofensa ou crime; b) sendo inevitável a prevenção absoluta de delitos, o segundo objetivo da punição seria o de induzir o criminoso a cometer o crime menos pernicioso; c) induzir o criminoso a causar o menor prejuízo possível para alcançar o benefício que espera pelo seu crime e; d) que o prejuízo do crime seja evitado da maneira menos dispendiosa possível. Destes quatro objetivos derivam as normas que, sob sua ótica, devem reger a proporção entre os crimes e as penas, garantindo a necessária racionalidade para o controle punitivo. São as normas da proporcionalidade que têm como finalidade a demarcação dos limites abaixo dos quais não se deve diminuir uma punição e os limites acima dos quais o castigo não deve ser aumentado.⁶

Para Bentham, portanto, o controle social, que busca o controle do comportamento humano e que se faz pela aplicação da punição, deve ser realizado de acordo com princípios éticos. Sob sua ótica, a eticidade do controle poderia ser proporcionada pelo utilitarismo, capaz de conferir ao exercício punitivo a racionalidade e a justificação necessária. Deste modo, a normatização deste exercício precisaria ser programada a partir de fins utilitários capazes de propiciar maiores vantagens sociais ou a maior felicidade possível para o maior número de pessoas. Portanto a pena se justificaria, apesar de constituir-se como um mal,

⁶ As normas da proporcionalidade são assim enunciadas por Bentham (1979, pp.60-62): 1ª norma: 'O valor ou gravidade da punição não deve ser em nenhum caso inferior ao que for suficiente para superar o valor do benefício da ofensa ou do crime'; 2ª norma: 'quanto maior for o prejuízo derivante do crime, tanto maior será o preço que pode valer a pena pagar no caminho da punição'; 3ª norma: 'quando houver dois crimes em concorrência, a punição estabelecida para o crime maior deve ser suficiente para induzir uma pessoa a preferir o menor'; 4ª norma: 'a punição deve ser regulada de tal forma para cada crime particular, que para cada nova parte ou etapa do prejuízo possa haver um motivo que dissuada o criminoso a produzi-lo'; 5ª norma: 'A punição não deve em caso algum ser maior do que for necessário para que esta seja conforme às normas indicadas'; 6ª norma: Para que a quantidade de punição realmente infligida a cada criminoso possa corresponder à quantidade tencionada para criminosos semelhantes em geral, é necessário sempre levar em consideração as várias circunstâncias que influenciam a sensibilidade de cada um'. As quatro primeiras normas são apontadas por Bentham como normas que servem para fixar os limites mínimos da punição e a Quinta norma visa, sob sua ótica, estabelecer critérios para fixar o limite máximo da punição.

sempre que pudesse exercer, de fato, um poder preventivo, no sentido de evitar novos crimes, ou males maiores.

Em Beccaria e Bentham pode ser encontrada a formulação originária dos principais pilares de sustentação/legitimação ético-política do controle punitivo elaborados pelo classicismo penal: os pilares da legalidade e da utilidade. Tal formulação, que não se esgota nos autores supracitados, constitui o pressuposto filosófico e ideológico a partir do qual se estabelece o movimento de reforma da justiça penal, consolidada sobretudo pelo amplo movimento de codificação que emerge na Europa a partir do final do século XVIII.

Mas, se em Beccaria encontramos os pressupostos filosóficos e ideológicos da Escola Clássica, que, quando recebidos e positivados pelo movimento de codificação, dão origem ao moderno Direito Penal liberal, em Carrara encontra-se o maior representante da fase jurídica ou jusracionalista da Escola.

Andrade acentua que a fase jusracionalista é marcada pelo abandono da posição crítico-negativa que marcou o momento fundacional da Escola e pela assunção de uma perspectiva eminentemente construtiva. Nesta fase a crítica à justiça penal vigente no Antigo Regime cede lugar à edificação de uma "construção conceitual sistemática do Direito Penal, do crime, da responsabilidade penal e da pena" (1997, p. 52-53).

O primeiro elemento conceitual elaborado nesta fase, proposto por Carrara, diz respeito ao conceito de crime. Sustenta ele a tese de que

" O delito é um ente jurídico, porque sua essência deve consistir necessariamente na violação de um direito. Porém o direito é congênito ao homem, porque foi dado por Deus à humanidade desde o primeiro momento de sua criação, para que aquele pudesse cumprir seus deveres na vida terrena. Portanto, o direito deve ter vida e critérios preexistentes aos pareceres dos legisladores humanos, critérios infalíveis, constantes e independentes dos caprichos dos legisladores e

das utilidades avidamente aneladas por eles. Assim, como primeiro postulado, a ciência do direito criminal deve considerar-se como uma ordem racional que emana da lei moral jurídica, preexistente a todas as leis humanas e que obriga aos legisladores" (Carrara, 1988, p. 05)

Vê-se, pois, que para Carrara o atributo da juridicidade relacionado ao delito não é derivado exclusivamente da violação de um determinado ordenamento jurídico-positivo, mas representa a violação do Direito, compreendido como categoria lógico-abstrata elaborada pela razão. Ao definir o crime como a "infração da Lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso", Carrara (1988, p. 43) não abandona sua visão teocêntrica da ordem jurídica e moral. Apesar de definir o delito como violação da lei do Estado, no sentido de ser a violação restrita às leis ditadas pelo homem, o autor pressupõe que tal lei tenha sido ditada de acordo com a suprema Lei do direito natural, e afirma a necessidade de sua promulgação para que seja conhecida e obrigatória a todos.

Além de definir o crime como 'ente jurídico', Carrara ocupa-se em discutir o fundamento da responsabilidade penal. Destaca, neste aspecto, que a responsabilidade penal está fundada na responsabilidade moral derivada do livre-arbítrio. Constrói, neste sentido, o conceito de imputabilidade, entendida esta como a capacidade de entender o valor ético-social da ação e de determinar-se para ela, como conceito fundamental para a configuração da responsabilidade penal, distinguindo-a da inimputabilidade, enquanto incapacidade de compreensão e de auto-determinação. "A responsabilidade penal decorre, pois, da violação consciente e voluntária da norma penal. Para que a vontade seja culpável, deve ser exercida no domínio do livre-arbítrio, que confere imputabilidade ao sujeito da ação". (Andrade, 1997, p. 56).

Destaca-se, ainda, no pensamento de Carrara a idéia da pena como retribuição e tutela jurídica. Apesar de não se identificar entre os clássicos uma

concepção unitária acerca da pena, pois alguns, como Beccaria, atribuem a ela uma função de prevenção geral, é a obra de Carrara que coroa a finalidade retributiva da pena. Seguindo a lógica do livre-arbítrio, a pena é apresentada como um mal imputável ao sujeito que livre e conscientemente violou, com sua ação, o ordenamento jurídico. Trata-se, portanto, de um instrumento de tutela jurídica, uma vez que, sob a ótica de Carrara, através dela é possível buscar-se a defesa do direito.

As idéias do crime como ente jurídico, da responsabilidade penal fundada no livre arbítrio e da pena como retribuição e tutela jurídica formam, em seu conjunto, a fórmula da qual emerge, na construção de Carrara, a legitimidade para repressão penal e os limites a ela relativos. Como nota o autor:

“Se o delito tem sua essência na violação do direito, segue-se disso a legitimidade da repressão, em razão do concurso de duas verdades superiores que convergem para este fim. A primeira me demonstra que (...) todo direito deve ter como conteúdo necessário a faculdade de sua própria defesa, pois de outra maneira não seria um direito (...). A Segunda verdade, referente ao fato, consiste na impotência de exercer constantemente uma defesa coativa direta, para impedir a violação do direito. Estas duas verdades inobjetáveis, combinadas entre si, conduzem a necessidade de uma coação moral que, mediante a ameaça de um mal que há de inflingir-se aos violadores do direito, sirva para apartá-los da agressão, e seja a proteção daquele. E é aqui que (...) se encontra que, tanto com respeito à repressão como em relação à proibição, a razão fundamental do direito criminal está na tutela jurídica ou defesa do direito.” (Carrara, 1988, p. 06).

Emergem, portanto, da fase jurídica da Escola Clássica, aqueles que são os seus postulados fundamentais: o delito como ente jurídico, porque sua essência deve consistir na violação de um direito; o criminoso como ser normal que, na posse do livre-arbítrio, viola conscientemente a norma penal; e a pena como retribuição. Não obstante isso, importa ressaltar que a finalidade retributiva (teorias absolutas) da pena é temperada, no classicismo penal, pelas concepções

preventivas (teorias relativas) presentes sobretudo no pensamento utilitarista de Beccaria e Bentham.

Partindo do pressuposto da absoluta normalidade do criminoso, a Escola Clássica não se ocupou da análise da pessoa humana, restringindo sua abordagem à objetividade jurídica do fato-crime. Neste sentido é que a produção teórica da Escola, especialmente aquela elaborada em sua fase jurídica, é identificada como a do "Direito penal do fato".

Em seu conjunto, o pensamento Clássico pode ser identificado como um pensamento que, além de marcado pela presença do método racional, caracteriza-se pela necessidade de construção de um discurso de justificação para a atividade repressiva do Estado, compatível com a realidade política, econômica e cultural emergente. Em seu período inicial este discurso possui uma feição filosófica, centrado sobretudo nas idéias da legalidade e da utilidade, sendo esta substituída, uma vez consolidado o processo de positivação dos direitos, por uma feição jurídica, no sentido de se buscar na norma positivada os elementos necessários para a legitimação do controle penal.

O processo de codificação e a elaboração sistemática dos conceitos de crime, responsabilidade penal e pena contribuíram não só para a consolidação do pilar da legalidade como sustentáculo de legitimação no controle punitivo como também para a constituição da "Ciência do direito Penal", uma vez que nele se modelou o objeto de que viria a se ocupar esta "ciência": o direito positivo. A partir dele, observa Andrade (1997, p. 74 e ss.), operou-se o reducionismo jurídico de toda a problemática penal sobretudo porque o Direito Penal passa a ser concebido como técnica jurídica, no qual o delito permanece, antes de tudo, como entidade jurídica.

Como acentua Baratta (1997, p. 38),

"A atitude filosófica racionalista e jusnaturalista da Escola Clássica havia conduzido a um sistema de direito penal no qual (...) o delito encontra sua expressão propriamente como ente jurídico. Isto significa abstrair o fato do delito, na consideração jurídica, do contexto ontológico que o liga, por um lado, a toda a personalidade do delinqüente e a sua história biológica e psicológica, e por outro lado, à totalidade natural e social em que se insere sua existência"

1.1.2 A Escola Penal Positiva

Assim como a Escola Penal Clássica, que foi fruto de um contexto político, econômico e cultural específico, a Escola Positiva também é fruto de seu tempo, sendo condicionada por uma série de fatores históricos e teóricos. Andrade (1997, p. 60) observa que ela formou-se a partir da década de setenta do século XIX, quando o horizonte político caminhava para uma série de transformações nas funções do Estado, de negação das atitudes liberais e de afirmação do intervencionismo na ordem econômica e social, sobretudo em razão da influência de ideologias políticas de cunho social ou socialista, e quando o horizonte teórico caminhava para o predomínio de uma concepção positivista de ciência em detrimento das posturas racionalistas que marcaram o classicismo penal.

Neste sentido, a Escola Positiva caracterizou-se como uma corrente de pensamento marcada pela crítica ao pensamento clássico. Pode-se afirmar, seguindo o pensamento de Andrade (1997, p. 61) que sua crítica ao classicismo centra-se, sobretudo, em duas grandes dicotomias: "individual x social e razão x realidade (racionalismo x empirismo)". A sobreposição do valor social sobre o valor individual apresenta-se como postulado ideológico fundamental da Escola e reflete um contexto político/ideológico de afirmação do poder de intervenção estatal em detrimento dos direitos de liberdade individuais. A defesa dos direitos individuais em face ao poder do Estado, realizada pelos clássicos, era denunciada como individualismo exacerbado, produzindo o esquecimento da sociedade e do

social. Neste contexto, reforça-se a idéia do instrumental penal como instrumento adequado para a defesa da sociedade e perde terreno a tese do direito penal como instrumento de defesa dos direitos individuais face ao poder do Estado.

A dicotomia razão x realidade (racionalismo x empirismo) reflete outra grande contraposição escolar e dela emerge o segundo postulado fundamental da Escola Positiva: a negação absoluta do racionalismo como método científico e a aceitação incondicional de uma orientação científica de base empírico-positiva⁷. Assim, a "...Escola Positiva assumiu a tarefa de deslocar a problemática penal do plano da razão para o plano da realidade; de uma orientação filosófica para uma orientação científica, empírico-positiva" (Andrade, 1997, p. 61), centrando-se na análise do complexo de causas biológicas, psicológicas e sociais responsáveis pela manifestação do comportamento criminoso. Neste contexto é que surge a criminologia como ciência causal-explicativa da criminalidade, cuja finalidade principal é a de conferir às suas investigações um estatuto de investigação científica a ser realizada nos moldes do positivismo científico. Para fazê-lo, seus estudos centraram-se na pessoa do criminoso e abandonaram a figura abstrata e jurídica do crime. Como o homem criminoso jamais fora objeto de qualquer análise, uma vez que para os clássicos o crime era observado como abstração, desligado da pessoa do delinqüente, a Escola positiva, porque comprometida com a observação empírica e com a análise de dados, o trouxe para o centro de suas análises.

A constituição da Criminologia como ciência causal-explicativa parte da idéia do crime como entidade natural, distinta da idéia do crime como entidade

⁷ A Escola Penal Positiva desenvolve-se a partir dos postulados estabelecidos pelo positivismo científico. Neste sentido é dele signatária (o próprio nome assim o diz). Para o positivismo científico há um mundo físico que pode ser conhecido e o homem, enquanto sujeito de conhecimento (sujeito cognoscente), é capaz de conhecer este mundo físico desvendando as suas relações de causa e de efeito. Este mundo físico é o objeto a ser conhecido (objeto cognoscível). Existe, portanto, um distanciamento entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível, no sentido de que o observador não está incluído na realidade que vai conhecer. Deste modo, para o positivismo científico é possível a construção de um conhecimento objetivo (porque o objeto de conhecimento é uma realidade objetiva, dada, preconstituída e apartada do olhar do observador) e neutro (justamente porque o observador está separado da realidade que vai conhecer, não incidindo sobre esta a subjetividade daquele). Assim sendo a atividade do sujeito cognoscente não é reflexiva, é apenas mecânica e

jurídica, amplamente divulgada pela Escola Clássica. Esse dado constitui o fundamento de toda investigação científica que se quer realizar pela via experimental, eis que não se pode experimentar algo que não existe naturalmente, como entidade em si. O crime, enquanto entidade jurídica só poderia ser objeto de um método lógico-abstrato. Decorre daí a maior dificuldade da Escola: a identificação do que seja um crime como realidade em si, preconstituída e independente de qualquer juízo de valor a ser atribuído por uma norma. Diante de tal dificuldade, e sem abrir mão do método, os pensadores da Escola vêem-se na contingência de escolher um novo objeto para suas investigações. Assim, transportam seus interesses do objeto-crime para o objeto-criminoso, afirmando que as causas do crime só podem ser buscadas no criminoso. Neste contexto, Lombroso, médico italiano e um dos principais expoentes da escola, aplica para suas investigações criminológicas os mesmos princípios utilizados na suas investigações médicas: assim como a doença pode ser identificada no corpo do paciente, o crime pode ser conhecido a partir de uma investigação que recaia sobre o corpo do paciente.

Assim como Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garófalo, apontados como os maiores pensadores da Escola, partindo da premissa do crime como fato ontologicamente determinado, também buscaram desvendar suas causas. Não obstante persistir em todos eles o núcleo fundamental do positivismo, qual seja, o postulado determinista, a rejeição do livre-arbítrio e a aceitação incondicional do método experimental como único científico, a obra dos três grandes do positivismo apresenta divergências consideráveis. A partir da análise do homem criminoso, procuraram encontrar os fatores responsáveis pela manifestação do comportamento delitivo. No desempenho desta tarefa o atribuíram, cada um a seu modo, a fatores diversos. Lombroso o atribui ao fator antropológico, Ferri o atribui, sobretudo, aos condicionamentos sociológicos e Garófalo pôs em relevo o elemento psicológico.

conduz à aceitação da realidade oficial como se esta fosse a única realidade possível. (Anyar de Castro,

É a obra de Lombroso, *O Homem Delinqüente*, publicada em 1876, que marca o início da Escola Positiva e que oferece a primeira resposta para a questão suscitada. Nela o autor apresenta o conjunto de dados estatísticos levantados através de pesquisas realizadas no sistema penitenciário italiano, em que efetuou uma série de comparações anatômico-fisiológicas dos presos. Na obra o autor aplica ao problema da delinqüência os métodos das ciências da natureza e abandona o estudo abstrato do crime, substituindo-o pelo estudo concreto do delinqüente, através da observação clínica (Mayrink da Costa, 1982, p. 211). Utilizando-se de dados colhidos junto à pessoas já selecionadas pelo sistema penal, o autor conclui que o delito é um ente natural, um fenômeno necessário, determinado, sobretudo, por causas biológicas de natureza hereditária. Assim, à tese apresentada pela Escola clássica, do crime como ente jurídico e da responsabilidade moral fundada no livre arbítrio, da absoluta imputabilidade do delinqüente, Lombroso contrapõe-se através da tese do crime como fato natural e da tese do determinismo biológico. Os estudos antropológicos de Lombroso o conduziram ao reconhecimento da existência de um tipo humano que, por sua configuração bio-psíquica, estaria irreversivelmente determinado à prática delitiva⁸. As anomalias anatômicas e fisiológicas apontadas no criminoso eram apresentadas como constantes e, por isso, "denunciavam (...) o tipo antropológico delinqüente, uma espécie do gênero humano, predestinada, por seu tipo, a cometer crimes." (Andrade, 1997, p. 65).

A resposta oferecida por Ferri, para a questão relativa às causas da criminalidade, privilegiou os fatores sociológicos. Não obstante isso, em oposição ao monismo antropológico de Lombroso, Ferri estabeleceu uma teoria multifatorial

1983, p. 2-5).

⁸ Lombroso buscou explicar, primeiramente, o delito pelo atavismo. Apresentou o criminoso como um ser atávico, isto é, um ser menos civilizado, que representa uma forma de regressão ao homem primitivo ou selvagem. Tal criminoso apresentaria claros sinais de degenerescência como deformações e anomalias anatômicas, fisiológicas e psíquicas como: assimetria craniana, fronte fugidia, face ampla e larga, cabelos abundantes, insensibilidade física, analgesia, distúrbios dos sentidos, insensibilidade moral, impulsividade, vaidade, preguiça, etc... Posteriormente Lombroso acrescentou, como causas da criminalidade, a epilepsia e a loucura moral, constituindo a imagem do criminoso como um ser atávico, com fundo epilético e louco moral. (Dias e Andrade, 1997. p. 16; Andrade, 1997. p. 65; Noronha, 1991. p. 35)

em que afirmava ser o crime o resultado de múltiplas causas sendo elas antropológicas, naturais (físicas) e sociais. Desta tese multifatorial resultou sua classificação dos delinqüentes em cinco grupos distintos: 1. O criminoso nato; 2. Criminosos loucos; 3. Criminosos de ocasião; 4. Criminosos por paixão e; 5. Criminosos por hábito. Neste sentido, observam Dias e Andrade (1997, p. 16), orientando-se por uma perspectiva sociológica, mas admitindo uma tríplice série de causas ligadas à etiologia do crime Ferri, avançou em relação à Criminologia etiológica de Lombroso. Sob sua ótica "O crime (...) não é, portanto, decorrência do livre arbítrio humano, mas o resultado previsível determinado por múltiplos fatores (...) que conformam a personalidade de uma minoria de indivíduos como socialmente perigosa" (Andrade, 1997, p. 66). Ao relacionar as diversas categorias de delinqüentes com os fatores que, sob sua ótica, os conduziram à prática delitiva, Ferri observa que enquanto os fatores físicos têm uma ação mais ou menos homogênea sobre todos os delinqüentes, os fatores antropológicos predominam na atividade criminosa dos delinqüentes natos, loucos e por ímpeto de paixão, e os fatores sociais aparecem como condicionamentos prevaletentes na atividade dos delinqüentes de ocasião e por hábito adquirido. (Sodré, 1977, p. 116).

Apesar de atribuir importância significativa aos fatores sociais, Ferri afirma que

"Sob o ponto de vista natural não pode ser delinqüente senão quem seja um anormal. Anormal por condições congênitas ou adquiridas, permanentes ou transitórias, por anormalidade morfológica ou bio-psíquica ou por doença, mas sempre, mais ou menos anormal. Se o homem normal é o homem adaptado à vida social quem na vida social reagir aos estímulos externos com uma ação delituosa, não pode ser senão um anormal." (Ferri, apud Bissoli Filho, 1998, p. 38).

O esquema proposto por Ferri caracteriza-se, predominantemente, pela análise do homem criminoso e dos fatores causais de sua ação criminosa.

Esta postura também é adotada por Garófalo (1925, p. 30-59), que, não obstante isso, procura priorizar com seus estudos a afirmação de um conceito de delito natural, pois, sob sua ótica, não se poderia ter uma idéia exata e perfeita dos criminosos sem que se tivesse uma noção sociológica do crime. Assim o professor italiano desenvolveu o conceito de delito natural, concluindo que ele sempre se manifesta como sendo a lesão dos sentimentos mais profundamente radicados no espírito humano que, no seu conjunto, formam o senso moral do indivíduo. Este senso moral seria formado por dois sentimentos altruístas: o de piedade e o de probidade. A piedade é apontada como o sentimento que impede a pessoa de infligir qualquer espécie de dor física a outro indivíduo e a probidade é o sentimento que consiste no respeito por tudo que pertence a outrem. Estes dois sentimentos são considerados por Garófalo como sendo universais pois estariam presentes nas raças superiores da humanidade e em todos os povos evoluídos, no sentido de haverem saído da vida selvagem ou do estado bárbaro (Sodre, 1977, p. 104). Seriam, portanto, universais à medida que se apresentassem como sentimentos fixos, imutáveis para todos os povos que tivessem atingido um grau mínimo de desenvolvimento.

Em seu conjunto o pensamento elaborado pela Escola Positiva modela o paradigma "etiológico" segundo o qual a Criminologia, definida como ciência causal-explicativa do fenômeno da criminalidade (tomada como qualidade intrínseca de determinados comportamentos), assume a tarefa de explicar as causas do crime e de receitar remédios para evitá-lo.

Ao afirmar o crime como a expressão de uma personalidade anormal ou anti-social, determinada por fatores causais físicos, anatômicos e/ou sociais, o sistema positivista opõe-se à tese do livre-arbítrio, elaborada pelos clássicos, como fundamento da responsabilidade moral e penal do indivíduo. Para justificar a

intervenção punitiva sem fugir à lógica do sistema determinista preconizado, os positivos substituem a idéia da responsabilidade moral e do livre-arbítrio pela tese da responsabilidade social. O homem passa a ser considerado penalmente responsável porque tem responsabilidade social, que lhe advém do simples fato de viver em sociedade (Ferri, 1904, p. 91-98)

Como nenhum homem é considerado moralmente responsável porque não possui livre-arbítrio, mas todos são socialmente responsáveis porque vivem em sociedade, contra o crime a sociedade possui o direito de se defender, e esta defesa se dá em nome do interesse de sua própria conservação. A pena não é um mal imposto ao culpado, como punição merecida em vista do mal que livre e conscientemente praticou, mas é instrumento de defesa da sociedade pela prevenção dos crimes. Neste sentido, observa Baratta (1997, p. 40) para o pensamento elaborado pela Escola Positiva, a pena, como meio de defesa social, não age de modo exclusivamente repressivo, segregando o delinqüente e dissuadindo com sua ameaça os possíveis autores de delitos; mas, também e sobretudo, de modo curativo e reeducativo.

Sendo a criminalidade atributo de uma minoria de indivíduos socialmente perigosos, considerados anormais, os quais, devido às suas anomalias, possuem maior tendência a delinqüir, contra ela deverá ser dirigida uma atuação adequada visando à defesa social. É, pois, o potencial de periculosidade do indivíduo que justifica o exercício punitivo, sendo a pena o instrumento de defesa social, destinada a realizar fins socialmente úteis: a recuperação do criminoso mediante a execução penal assentada na idéia do tratamento (Andrade, 1997, p. 66-70). Neste sentido, a Escola Positiva refutou o princípio da proporcionalidade penal, signatário do pensamento clássico, para defender e admitir medidas penais de caráter indeterminado, adequadas exclusivamente à necessidade de tratamento do delinqüente. Emergem daí a utilização das medidas de segurança e o princípio da individualização da pena, baseado na necessidade de determinação do grau de

periculosidade do agente criminoso, considerado fundamental para a configuração do "tratamento" penal mais adequado.

Em seu conjunto, o pensamento positivista estabeleceu uma explicação para a criminalidade nas "diferenças" ou nas anomalias dos autores de comportamentos criminalizados. O delito foi apresentado como elemento sintomático da personalidade do autor e o criminoso como ser totalmente distinto dos indivíduos normais, com personalidade perigosa, contra a qual se deveria dirigir uma adequada defesa social. A Escola Positiva estabelece, deste modo, "uma divisão científica entre o (sub)mundo da criminalidade, equiparada à marginalidade e composta por uma minoria de sujeitos potencialmente perigosos e anormais ('o mal'), e o mundo decente, da normalidade, representado pela maioria da sociedade ('o bem')." (Andrade, 1995, p. 26). Do mesmo modo, o fenômeno criminal foi apresentado como uma entidade natural, como um dado ontológico, preconstituído aos processos de reação social e ao próprio direito penal e a criminologia aparece como ciência responsável pela investigação destas causas, a partir de um método empírico-positivo. A idéia de responsabilidade moral, fundada no livre-arbítrio, é substituída pela de responsabilidade social que, no sistema proposto por Ferri, significa que o indivíduo é criminalmente responsável pelo simples fato de viver em sociedade, sendo a pena apresentada como instrumento de defesa das condições de existência social.

O discurso de justificação do controle punitivo construído pela Escola centra-se, pois, em uma perspectiva claramente utilitária e organicista. O pensamento organicista, que teve em Spencer um dos principais representantes, constitui-se a partir da comparação entre a sociedade humana e o organismo animal. Procura igualar os processos sociológicos e biológicos, a natureza da sociedade à de um organismo vivo, afirmando que do mesmo modo que o animal se compõe de um conjunto de células, a sociedade igualmente se compõe de um conjunto de indivíduos (que são suas células). A incorporação desta perspectiva, aliada à tese do criminoso como um ser anormal conduzem os pensadores da

Escola à conclusão, que sob sua ótica seria irrefutável: assim como o organismo recompõe ou elimina as células doentes para que permaneça vivo, assim como a natureza elimina todos os organismos vivos que não se adaptam às condições impostas a eles, para que o corpo social permaneça sadio é necessário que suas células doentes/anormais, leia-se "criminosos", sejam tratadas ou eliminadas. Partindo deste pressuposto a criminologia positivista incorpora o conceito de seleção natural introduzindo-a, sob a forma de seleção social, no âmbito de suas teorias e este passa a representar o fundamento principal do discurso de justificação do controle penal. É neste contexto que as teorias retributivas (absolutas) da pena passam a dar lugar às perspectivas de prevenção especial (tratamento e ressocialização ou, se necessário, neutralização do delinqüente) pois, sob a ótica da Escola, a pena, como forma de tratamento ou de eliminação, seria o instrumento de que disporia a sociedade para lutar contra suas "células" doentes. Reforça-se a tese de que, uma vez considerada a dicotomia indivíduo x sociedade, o que deve preponderar é o interesse do organismo (sociedade) em detrimento do interesse de suas células (indivíduo), ganhando destaque o discurso de justificação fundado na idéia utilitária da "defesa social".

1.1.3 O Debate escolar e o Tecnicismo jurídico

O debate entre clássicos e positivos manifestou-se em dois aspectos distintos e fundamentais: de um lado o conflito centrou-se na atitude metodológica e de outro no posicionamento ideológico de seus representantes. Foi, contudo, a contestação da atitude metodológica racionalista dos clássicos que constituiu o centro da crítica que lhe foi dirigida pelos Positivos. A inversão metodológica protagonizada pela Escola Positiva conduziu ao abandono da figura abstrata do crime, que ocupava o centro do pensamento clássico, e a assunção da figura do criminoso que, enquanto objeto concreto, permitia o desenvolvimento da investigação empírico/positiva.

Conforme observa Andrade (1997, p. 76) se o método racionalista dos clássicos permitiu o desenvolvimento de uma Filosofia do Direito Penal e de um pensamento jurídico, centrado na análise da norma jurídico-positiva, enquanto instrumento de universalização abstrata da figura criminosa e da sanção a ela correspondente, a atitude empirista dos positivistas, baseada nas investigações em torno do comportamento criminoso e de suas causas, conduziu ao desenvolvimento da Antropologia e da Sociologia Criminal, e, em última instância, ao aparecimento da Criminologia etiológica como ciência causal-explicativa da criminalidade, conferindo a estas um certo grau de hegemonia em relação à ciência jurídico-penal.

Tanto a atitude metodológica racionalista dos clássicos, como a empirista dos representantes da Escola positiva, não estiveram imunes a críticas posteriores. Tais críticas demarcaram o horizonte para o surgimento, já no início do século XX, de uma terceira escola: a Escola Técnico-Jurídica (Andrade, 1997, p. 81). A nova escola, que teve em Arturo Rocco seu fundador e principal representante, constituiu-se a partir da crítica ao racionalismo clássico, contra o qual também se insurgira o pensamento da Escola Positiva, e a partir da crítica a esta última, que, centrada nos Estudos Antropológicos de Lombroso e Sociológicos de Ferri, é acusada de abandonar o estudo científico do Direito Penal, subordinando-o à Criminologia e à Sociologia Criminal. (Rocco, 1982, p. 04-08)

Sem abandonar os postulados metodológicos do positivismo científico e partindo de uma necessária especialização científica, Rocco defende a necessidade de reconstrução de uma ciência penal autônoma, propriamente jurídica, liberta de toda "contaminação jusnaturalista, antropológica ou sociológica" (Andrade, 1997. p. 82). Sob sua ótica, a autonomia estaria garantida a partir da delimitação do universo da ciência penal, a ser constituído a partir da eleição de objeto, método e funções próprias (Rocco, 1982, p. 10). Neste contexto é que: 1. Circunscreve o objeto da ciência penal ao Direito Penal Positivo vigente; 2. Fixa, à

luz do paradigma dogmático já consolidado no Direito Privado, o método técnico-jurídico como método científico de análise de seu objeto e; 3. Determina como função primordial da ciência jurídico-penal a tarefa de elaboração técnico-jurídica do direito penal positivo, através da qual daria aos operadores jurídicos um importante auxílio para a administração prática da justiça. (Rocco, 1982, p. 10, 15 e 18).

Na perspectiva de Rocco, a Ciência Penal teria por tarefa o estudo das normas jurídicas que proíbem determinadas ações humanas, reveladoras de perigo para a existência da sociedade juridicamente organizada, isto é, o estudo da relação jurídico-penal derivada das normas que constituem, em seu conjunto, o direito penal positivo. Para realizar este estudo o cientista se valeria do método técnico-jurídico, caracterizado por três fases distintas e sucessivas de procedimento: 1. Uma investigação exegética na qual o cientista do direito toma contato com o documento legislativo, realizando sua interpretação literal; 2. Uma investigação dogmática e sistemática que proporcionaria ao jurista o conhecimento científico do direito. Através dela, dar-se-ia o conhecimento sistemático do conjunto de normas jurídicas e dos princípios e conceitos genéricos delas resultantes e; 3. Uma investigação crítica, que permitiria a análise crítica do direito vigente e a análise da necessidade de sua substituição. (Rocco, 1982, p. 18-36).

Andrade (1997, p. 83) observa que sem transcender o horizonte teórico do positivismo, Rocco estabeleceu as bases para a constituição de uma ciência penal propriamente jurídica: a Dogmática jurídico-penal.

Deste modo, sem renegar os estudos filosóficos clássicos, antropológicos de Lombroso e sociológicos de Ferri, Rocco atribuiu, a partir do princípio da especialização e da divisão do trabalho científico, autonomia à Dogmática penal a qual caberia exclusivamente a tarefa de, através de um método técnico-jurídico, estudar o crime e a pena como fatos jurídicos. Sob sua ótica, caberiam à

Antropologia o estudo do crime como fato individual e à Sociologia o estudo do crime como fato social, sendo elas ciências auxiliares, subsidiárias à ciência penal, a quem caberia o papel de mediação entre a programação normativa e as decisões judiciais no sentido de torná-las mais igualitárias, seguras e, portanto, justas. (Rocco, 1982, p. 10-11)

É assim que "...diante do positivismo criminológico da Escola Positiva manifesta-se um positivismo jurídico, que nasce com o intuito de resgatar para a ciência penal sua identidade propriamente jurídica..." (Andrade, 1997, p. 79), conferindo-lhe hegemonia ante as demais ciências penais.

1.1.4 As Escolas Penais e as ideologias de justificação do controle punitivo

Não obstante o embate escolar, pode-se afirmar que a ideologia penal de justificação que emerge a partir do desenvolvimento e da consolidação das Escolas Penais é uma ideologia de conciliação centrando-se na idéia do controle penal como instrumento de defesa da sociedade. Segundo Andrade (1997, p. 72, 73 e 135) a atitude conciliatória, apesar do aparente antagonismo, deve-se, sobretudo, ao fato de as diferenças entre as escolas residirem não tanto no conteúdo ideológico e nos valores fundamentais dignos de tutela, quanto na atitude metodológica geral em relação à explicação da criminalidade.

O saber clássico elaborou, com seu discurso racionalizador, uma ideologia liberal em defesa da segurança individual ante o poder do Estado. A escola positiva, ao contrário, priorizou o discurso da defesa social, a partir da atribuição de funções socialmente úteis ao Direito Penal - proteção de bens jurídicos - e à pena - controlar a criminalidade através da prevenção geral (intimidação) e especial (ressocialização). Apesar disso pode-se afirmar que a ideologia da defesa social, consubstanciada na idéia do controle punitivo como instrumento eficaz de controle da criminalidade e de defesa da sociedade, foi sendo construída

desde o saber clássico. Mesmo que neste a ideologia liberal tenha assumido especial relevância, esta foi elaborada no contexto de uma ideologia global de defesa da sociedade. Baratta (1997, p. 41) observa que mesmo possuindo concepções de homem e de sociedade profundamente diferentes, as Escolas Clássica e Positiva estão estritamente interligadas na medida em que ambas afirmam a ideologia da defesa social como base teórica e política fundamental do seu sistema científico. Segundo ele as escolas positivistas herdaram a ideologia da defesa social da Escola Clássica, transformando-a em algumas de suas premissas no sentido de adequá-la às exigências políticas oriundas da passagem do Estado liberal clássico para o Estado social.

A ideologia da defesa social passou a constituir-se como ideologia dominante na Ciência Penal, nos representantes do sistema penal e até mesmo nas opiniões comuns. O seu conteúdo é sistematizado por Baratta (1997, p. 42) na seguinte série de princípios:

- a) Princípio de legitimidade: O Estado está legitimado para reprimir a criminalidade porque é a expressão da sociedade, lesada contra atos de determinados indivíduos. Para realizar esta tarefa se vale de um conjunto de instâncias de controle. Estas representam a reação da sociedade, que reprova e condena o comportamento desviante individual, e que, por isso, reafirma os valores e as normas sociais;
- b) Princípio do bem e do mal: o delito é um dano para a sociedade. O delinquente, enquanto responsável pela sua realização, é um elemento negativo e disfuncional para o sistema social. Representa, pois, o mal e a sociedade lesada é o bem;
- c) Princípio de culpabilidade: o comportamento delitivo é expressão de uma atitude interior reprovável, porque é contrário aos valores e normas sociais presentes na sociedade e sancionados pelo legislador;

d) Princípio da prevenção: a pena não tem somente a função de retribuir, mas também a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente cominada realiza a função de prevenir o comportamento criminoso, através de uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concretamente imposta realiza a função de prevenção especial, uma vez que, através dela, se busca a ressocialização ou a emenda do delinqüente.

e) Princípio da igualdade: a criminalidade é violação à norma penal e, como tal, representa o comportamento de uma minoria desviada. Em relação a estes a lei penal se aplica de forma igualitária;

f) Princípio do interesse social e do delito natural: o núcleo central dos delitos previstos nos códigos das nações civilizadas é o fato de que estes sempre representam a violação aos bens e interesses fundamentais desta sociedade. Estes bens interessam igualmente a todos os cidadãos.

Baratta (1978, p. 10) observa que a ideologia da defesa social constituiu-se a partir do mito da igualdade. Este, sob sua ótica, pode ser expresso em duas proposições diferentes: a) a de que o direito penal protege igualmente a todos os cidadãos, à medida que tutela bens que interessam igualmente a todos e; b) a lei penal aplica-se igualmente a todos os indivíduos, no sentido de que todos os violadores da norma penal têm a mesma chance de converterem-se em sujeitos dos processos de criminalização.

Esta ideologia se mantém constante até nossos dias e

“... sintetiza o conjunto de representações sobre o crime, a pena e o Direito Penal construídas pelo saber penal oficial e, em especial, sobre as funções socialmente úteis atribuídas ao Direito Penal (proteger bens jurídicos lesados garantindo também uma penalidade igualitariamente aplicada para seus infratores) e à pena (controlar a criminalidade em defesa da sociedade, mediante a prevenção geral (intimidação) e especial (prevenção)).” (Andrade, 1997, p. 137).

Aparece, contudo, temperada pela ideologia liberal que, herdada do saber clássico, manifesta-se através da defesa da legalidade e nas exigências de objetividade, certeza e segurança jurídica.⁹

Foi assim que, segundo Andrade (1997, p. 176-180) no Estado Moderno, o saber escolar elaborou, a partir das ideologia liberal e da defesa social, as duas grandes linhas de legitimação do controle punitivo: a legalidade e a utilidade.

A legitimação pela legalidade é signatária do saber clássico e representa o maior legado da ideologia liberal. Deriva ela da introdução do direito positivo na história do poder de punir e representa o marco a partir do qual o Estado moderno se constitui como Estado de direito e seu poder de punir se afirma como direito de punir. (Andrade, 1997, p.178). Referindo-se a ele, Andrade (1997, p. 137) observa que

"....representa (...) o legado vertebral da ideologia liberal que, se dialetizando com a ideologia da defesa social, poderia ser inserido especialmente entre o princípio da legitimidade e da igualdade nos seguintes termos: o Estado não apenas está legitimado para controlar a criminalidade, mas é autolimitado pelo Direito Penal no exercício desta função punitiva, realizando-a no marco de uma estrita legalidade e garantia dos Direitos Humanos do imputado".

A legitimação pela Utilidade desenvolve-se no âmbito da ideologia da defesa social e deriva da necessidade de complementação da legalidade, no sentido de atribuir instrumentalidade a seus conteúdos. A legalidade, dado seu caráter formal, não esgota o discurso legitimador do sistema sendo, por isso, complementada pelo princípio da utilidade, que busca atribuir à pena funções socialmente úteis (prevenção geral e especial). Elaborada, originariamente, pelo

⁹ A conciliação entre a ideologia liberal e a ideologia da defesa social fez possível a convivência de discursos aparentemente contraditórios: ".... o discurso de garantia do indivíduo com o discurso da defesa social; o discurso do homem como limite do poder punitivo e o discurso do homem como objeto da intervenção positiva desse mesmo poder, em nome da sociedade."(Andrade, 1997, p. 73).

saber clássico, a legitimação pela utilidade encontra seu ponto culminante no discurso criminológico da prevenção especial elaborado pela Escola Positiva. Nela o discurso utilitário da pena é vinculado à idéia de um controle científico da criminalidade em defesa da sociedade, que se faz através do controle intervencionista sobre a pessoa do delinqüente. (Andrade, 1997, pp. 178-179).

Neste sentido, acentua Andrade (1997, p. 180) Legalidade e Utilidade representam, pois, a dupla via de legitimação discursiva do sistema penal. Sintetizam-se nelas tanto a ideologia liberal, quanto a ideologia da defesa social, manifestando-se a primeira na tese da segurança individual face ao poder punitivo a ser garantida através do respeito incondicional à legalidade e, a segunda, na tese do direito penal e da pena como instrumentos eficazes para defesa da sociedade diante do comportamento criminoso.

Para a consolidação desta dupla via de legitimação, tanto a dogmática como a criminologia desempenharam papel fundamental, consolidando-se como os principais pilares de sustentação do sistema penal. A primeira porque, como ciência jurídico-penal responsável pela análise sistemática da legislação, se auto-projeta como instância responsável pela "racionalização garantidora" do sistema, no sentido de que se dirige para a orientação das decisões e da operacionalização do controle punitivo para que sejam pautadas pelo estrito cumprimento à legislação (legalidade). A segunda porque, mediante suas investigações empíricas em torno a cerca das causas da criminalidade, se diz apta a oferecer subsídios para o maior efficientismo penal, concentrando sua resposta na pessoa do criminoso através da prevenção especial, cumprindo o papel fundamental na racionalização utilitária do sistema. (Andrade, 1997, p. 177).

1.2 A deslegitimação do sistema penal:

Se durante quase dois séculos (final do século XVIII até meados do século XX) operou-se a construção do moderno sistema penal e de seus principais paradigmas de sustentação, a partir da década de 60 do século XX pode-se assistir ao processo de desconstrução e de deslegitimação teórica deste mesmo sistema. Cohen define este processo como “impulso desestruturador”, sendo este composto por um conjunto de ataques, críticas, teorias e movimentos de reformas do sistema de controle penal construído a partir da modernidade. (Cohen, 1988, p. 56).

Ao referir-se a este impulso desestruturador Andrade, (1997, p. 183) o separa em duas dimensões distintas: uma dimensão desconstrutora e uma construtora. Sob sua ótica, a dimensão desconstrutora do impulso consubstanciou-se através da crítica historiográfica, sociológica e criminológica do sistema penal e a construtora aparece sob a forma de políticas criminais alternativas, que só puderam ser pensadas a partir da desconstrução. Neste sentido o impulso desestruturador abrange uma perspectiva teórica e prática que se cinde entre o enfoque desconstrutor e um universo de elaboração de políticas criminais alternativas. Neste âmbito específico é que emergem as propostas político-criminais alternativas, entre as quais destacam-se as posturas minimalistas

1.2.1 A desconstrução historiográfica

A dimensão desconstrutora do impulso desenvolveu-se, inicialmente, a partir da crítica à prisão, expandindo-se até englobar todo o sistema penal. Nela a crítica historiográfica teve especial importância porque representou a primeira leitura que se fez da pena de prisão e do sistema penal moderno, a partir de uma perspectiva revisionista (Andrade, 1997, p. 183; Cohen, 1988, p.33). Surgiu em

contraposição à historiografia oficial ou convencional, que explica a emergência do moderno sistema penal a partir de uma visão linear e idealista da história, retratando-o como produto de uma evolução progressiva, que vai da barbárie ao humanismo. Essa explica o fracasso das promessas de contenção da criminalidade como um desvio na concretização de seu projeto que é elaborado a partir de um ideal de benevolência, altruísmo, filantropia, humanitarismo, cindindo-se entre o ideal de segurança individual e o ideal de defesa social. Trata-se de uma visão convencional que compreende a história dos sistemas penais e de suas transformações como uma história de progressos e, nas palavras de Cohen (1988, p. 39), de "avanços acidentados".

Segundo Andrade (1997, p. 191), a revisão historiográfica, também presente nas clássicas obras de Rusche e Kirchheimer (1984) e Michel Foucault (1994), parte de um enfoque materialista e como tal oferece algumas indicações epistemológicas comuns: parte do pressuposto de que a investigação do sistema penal deve ser feita a partir da análise do sistema social em que se insere e da análise da conexão funcional que guarda com ele; compreende que a fundação do sistema penal moderno não decorreu unicamente de transformações das idéias, mas de transformações no sistema social e que suas funções declaradas ocultam funções latentes e, por fim, que o desenvolvimento histórico do sistema penal e a situação atual da prisão só podem ser compreendidos quando relacionados com o direito e com o contexto de sua fundação.

Desta nova perspectiva historiográfica nasce a tese comum de que as transformações na estrutura do sistema penal, que se operaram ao final do século XVIII até meados do século XIX, refletem transformações subjacentes ao desenvolvimento da ordem capitalista em que se inserem. Assim, são fatores como a "... necessidade de regular a força de trabalho, o impacto racionalizador do mercado, a necessidade de substituir a autoridade tradicional e os conceitos pré-modernos, o medo do proletariado nascente..." que fazem da violência física um anacronismo. Esta não cabe em um contexto em que são necessários novos

sistemas de dominação e de disciplina para criar uma força de trabalho submissa e regulada (Cohen, 1988, p. 45). Neste contexto o sistema penal adota um novo instrumento de repressão e controle: o cárcere. Este apresenta-se como melhor instrumento para tornar dóceis os membros da classe operária, ensinando-lhes hábitos e disciplinas necessários à nova ordem. A nova tecnologia de repressão surge para legitimar e fortalecer o controle da classe governante e para manejar os grupos não adequados à racionalidade burguesa em consolidação. Substituem-se as formas antigas de controle ineficientes, débeis e descentralizadas e o Estado adquire um papel mais ativo, coordenando e planificando um sistema de justiça penal que pode conseguir maior penetração racional na população submetida. (Cohen, 1988, p. 46).

O argumento que perpassa toda a obra "Pena e Estrutura Social" de Rusche e Kirchheimer, é o de que "... cada sistema social tende a descobrir métodos punitivos que correspondam às necessidades de suas relações produtivas" (Rusche e Kirchheimer, 1984, p. 03) . Neste sentido a pena estaria sempre vinculada à estrutura econômica da sociedade e a partir dela é que deveria ser explicada. Desta tese derivam outras que, de um lado, afirmam a seletividade classista do sistema penal, no sentido de ser a população criminosa recrutada nas classes mais baixas da sociedade, e de outro buscam demonstrar a relação direta entre mercado de trabalho e sistemas penais, no sentido de as condições do mercado de trabalho constituírem fator determinante para as mudanças nas formas de pena (quando a força de trabalho é superior às necessidades de mercado adotam-se meios punitivos corporais e, ao inverso, quando a força de trabalho é inferior às necessidades de mercado a punição assume forma de trabalho forçado com vistas a garantir-se a produção e a preservação da mão de obra).

A obra "Vigiar e Punir" de Michel Foucault também se coloca dentro desta perspectiva revisionista. Nela o autor analisa o surgimento da prisão e do sistema penal moderno, compartilhando, em parte, das teses defendidas por Rusche e

Kircheimer. Do mesmo modo que os autores de *Pena e Estrutura Social*, Foucault abandona a crença na pena como instrumento de repressão de delitos e defende a necessidade de os sistemas punitivos serem estudados como fenômenos sociais complexos que não podem ser vistos como simples consequências de regras de direitos, mas como técnicas cuja especificidade deve ser encontrada no campo geral dos processos do poder. Neste sentido, para Foucault, as medidas punitivas não aparecem simplesmente como medidas negativas destinadas a repressão, mas estão ligadas a uma série de outros efeitos úteis que elas buscam sustentar. (Foucault, 1994, p. 27). Partindo da constatação do fenômeno do poder e da tese fundamental de que poder e saber são fenômenos estritamente relacionados, Foucault afirma que o poder produz saber, não havendo "...relação de poder sem a constituição correlata de um campo de saber, nem saber que não suponha e não constitua ao mesmo tempo relações de poder". (Foucault, 1994, p. 30).

Como acentua Andrade (1997, p. 195), além de atacar o enfoque idealista das teorias da pena, Foucault se distancia, ainda que parcialmente, das explicações materialistas que sustentam ser a moderna Justiça Penal resultado único das transformações econômicas, "...compreendendo-a como reflexo da complexa espiral poder/saber no marco do capitalismo nascente."

Na perspectiva de Foucault, a transição da antiga para a moderna justiça penal, que se dá na passagem do século XVIII para o século XIX, não significou a passagem de formas indiferenciadas, bárbaras e desumanas de punição a formas racionais e humanizadas de castigo, mas a passagem de uma forma de punir a outra, ou seja, a passagem de uma a outra tecnologia de poder.

Enquanto o exercício da punição exemplar e pública sobre o corpo dos condenados possuía no antigo regime uma lógica própria relacionada a uma mecânica de poder específico – o super poder monárquico –, com o advento do Estado Moderno e das sociedades capitalistas o exercício punitivo, centrado no

trinômio cárcere – disciplina - mente, passa a obedecer a uma lógica diferenciada, mais compatível e funcional ao complexo sistema de poder que nela se instaura. O poder, nas sociedades capitalistas, deveria ser exercido com o menor custo econômico e político possível, e seus efeitos deveriam ser mais extensos e intensos sendo transmitidos a todas as partes.

Instaura-se, neste contexto, uma nova estratégia punitiva, baseada na utilização da disciplina carcerária e do controle sobre a mente (tratamento e ressocialização), cujo objetivo central seria o de

“...fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva a toda a sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir.” (Foucault, 1994, p. 76).

Na historiografia de Foucault, destaca-se a disciplina carcerária como técnica específica de poder. Esta é explicada “...pela produção e reprodução de uma ilegalidade fechada, separada e útil (delinquência) e, simultaneamente, de ‘corpos dóceis’, garantindo e reproduzindo as relações de poder (e a estrutura de classe) da sociedade.” (Andrade, 1997, p. 196). Paralelamente ao deslocamento do objeto de incidência do poder punitivo (corpo à mente) e às novas estratégias punitivas nasce um novo regime de verdades, de técnicas, de especialistas, de discursos. É assim que, na perspectiva de Foucault, materializa-se a espiral saber/poder: o poder produz o saber adequado a sua sustentação e reprodução.

1.2.2 A desconstrução sociológica

A par da crítica historiográfica, que desempenhou importante papel no impulso desestruturador do sistema penal, a crítica sociológica teve papel central

funcionando, nas palavras de Andrade (1997, p. 198), como o eixo nuclear deste impulso.

Como notam Dias e Andrade (1997, p. 34) a crítica sociológica constituiu-se no âmbito da Criminologia norte-americana a partir dos anos 30 do século XX, preparando o terreno para uma mudança de paradigma em criminologia. Apesar de situada no âmbito da ideologia liberal e de trabalhar dentro de uma perspectiva reformista, foi responsável pela desconstrução de parte significativa dos princípios fundamentais da ideologia da defesa social.

Baratta (1997, p. 49) acentua que as teorias sociológicas contemporâneas sobre a criminalidade, apesar de individualmente limitadas, em seu conjunto confrontaram diretamente a ideologia da defesa social, destruindo progressivamente cada um dos seus princípios singulares. Dentre elas destaca:

a) As teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva: Apesar de não se apresentarem como teorias propriamente sociológicas, as teorias psicanalíticas são apontadas por Baratta como uma importante linha de pensamento relacionada à crítica aos princípios basilares da ideologia da defesa social. Ao orientarem suas pesquisas sobre o crime e a pena sob um ângulo que inclui a sociedade no interior do esforço explicativo colocam em dúvida o princípio da legitimidade. Segundo elas, a reação penal ao comportamento delituoso não tem a função de eliminar a criminalidade, mas corresponde a certas necessidades sociais relacionadas com a necessidade de utilização do desviado como bode expiatório sobre o qual o grupo social descarrega sua agressividade e suas frustrações. Neste sentido, os mecanismos psicossociais da pena ressaltados rompem com a interpretação que atribui à função punitiva funções preventivas, defensivas e éticas sobre as quais se baseia a ideologia da defesa social.

b) A teoria estrutural-funcionalista do desvio e da anomia. Trata-se de uma linha de pensamento, desenvolvida inicialmente por Émile Durkheim, que afirma a

normalidade e a funcionalidade do comportamento criminoso – o crime é um comportamento normal e inerente à própria estrutura social – questionando o princípio do bem e do mal próprio da ideologia da defesa social. Afirma que, dentro de seus limites funcionais, o comportamento criminoso é necessário e útil para o equilíbrio e o desenvolvimento social: em primeiro lugar porque, ao provocar a reação social, estabiliza e sustenta o sentimento coletivo (consciência coletiva) mantendo estável o complexo de normas sociais e, em segundo lugar, porque contribui para o desenvolvimento moral da sociedade, preparando terreno para as transformações necessárias. Neste sentido o criminoso não é mais visto como um ser anti-social (o mal) mas como um agente regulador da vida social que “... não só permite a manutenção do sentimento coletivo em uma situação suscetível de mudança, mas antecipa o conteúdo mesmo da futura transformação”. (Baratta, 1997, p. 61).

c) A teoria das subculturas criminais: Nega o delito como expressão de uma atitude contrária aos valores e às normas sociais gerais. Isto porque afirma a existência de valores e normas específicos nos diversos grupos sociais, as subculturas, que se transmitem aos indivíduos através de mecanismos de socialização e aprendizagem específicos. Neste sentido o comportamento delitivo não pode ser interpretado como culpável, porque dirigido conscientemente contra o sistema de valores e normas sociais, com os quais todos compartilham. Como o sistema oficial de normas transcende o poder de decisão dos indivíduos e não é o único existente, o comportamento criminoso não seria reflexo da livre desobediência ou da ausência de valores, mas sim a expressão de outros sistemas de valores que não os oficiais: os subculturais.¹⁰

d) O *labelling approach* ou paradigma da reação social – refuta o princípio da igualdade. As investigações realizadas dentro do marco do *labelling* revelam que o

¹⁰ Referindo-se a teoria das subculturas criminais Dias & Andrade (1997, p. 288-292) acentuam que elas caracterizam-se, fundamentalmente, por buscar no quadro amplo das estruturas sociais gerais a explicação para o crime. Neste campo teórico o comportamento criminoso, do mesmo modo que ocorre com o comportamento conforme a lei, resulta da “interiorização e da obediência a um código moral ou cultural que torna a delinquência imperativa (...) e significa a conversão de um sistema de crenças e valores em ação.”

desvio e a criminalidade não são entidades ontológicas preconstituídas aos processos de reação social, mas que são resultado destes processos, ou seja, que são qualidades atribuídas a determinados sujeitos através de mecanismos oficiais e não oficiais de definição e seleção. Nesta perspectiva a criminalidade é analisada a partir da compreensão dos processos sociais e institucionais de definição e de seleção. Assim, desde o ponto de vista das definições legais, o *labelling* demonstra que a criminalidade não é atributo de uma minoria anormal mas se manifesta como comportamento da maioria e que, não obstante isso, a identidade desviante ou delinqüente é atribuída seletivamente somente a determinados indivíduos. A atribuição do *status* de criminoso, realizada pelas instâncias que detêm o poder de definição, é desigual e depende de um conjunto de fatores, dentre os quais se destaca o grau de vulnerabilidade do indivíduo. Isso implica a negação do princípio da igualdade uma vez que, na perspectiva do *labelling*, a criminalidade aparece como resultado de um processo altamente seletivo e desigual em que, dentro da população total de desviantes, são escolhidos apenas alguns para serem rotulados como tais. (Baratta, 1982, p. 35)

e)As teorias do conflito – são teorias que se desenvolvem a partir dos pressupostos colocados pelo *labelling*, tentando localizar, nos processos de definição, as verdades que são variáveis em relação aos diversos grupos sociais. A partir do reconhecimento da estratificação social e da diversidade de interesses presentes em cada grupo social, colocam em xeque o princípio do interesse social universal e do delito natural. Construído pela ideologia da defesa social, possui como núcleo central a idéia de que os delitos tipificados nos códigos penais representam a violação de bens e interesses que são universais, porque garantem a existência da própria sociedade, sendo, portanto, do interesse comum de todos os cidadãos. As teorias do conflito colocam em evidência o fato de que na origem dos processos de criminalização primária (formação da lei penal) e secundária (aplicação da lei) não se encontram os interesses gerais de uma determinada sociedade, mas sobretudo os interesses dos grupos que detêm o poder político de definição.

Como resultado das múltiplas investigações sociológicas em torno da efetividade do direito penal e de suas sanções, emanadas de diversas correntes da sociologia criminal, questiona-se, também, os princípios do fim ou da prevenção. Contestam-se as funções de prevenção, especialmente as relacionadas à função ressocializadora ou reeducativa da pena de prisão, tanto no que se refere ao caráter estigmatizante do cárcere e de seu papel na reprodução da violência, como no que se refere ao próprio conceito de reeducação ou de ressocialização.

Em seu conjunto as teorias sociológicas da criminalidade foram responsáveis pela desconstrução dos princípios de sustentação da ideologia da defesa social, uma vez que cada uma delas agiu de modo setorial diante dos seus princípios sustentadores. Foi, contudo, a desconstrução proposta pelo *labelling* que desenvolveu a mais vasta função crítica em face da ideologia penal, funcionando como eixo nuclear do impulso desestruturador uma vez que estabeleceu os pressupostos para o surgimento de um novo paradigma criminológico: a Criminologia Crítica. Esta que, em oposição à criminologia etiológica tradicional, representa o principal eixo de deslegitimação do sistema penal.

Conforme observam Dias e Andrade (1997, p. 44-45) o *labelling approach* ou enfoque do etiquetamento, ou teoria da rotulação, surge nos Estados Unidos da América na década de 60 com os estudos realizados pelos integrantes da nova Escola de Chicago num contexto de radicalização social, política e cultural, de crise do Estado providência, de explosão da conflitividade social e de emergência de formas de contra-cultura em que as instituições governamentais passam a ser questionadas de forma contundente. Para Dias & Andrade (1997, p. 42 e ss.) o *labelling* representou, juntamente com a etnometodologia e a criminologia radical, uma verdadeira revolução no campo da criminologia. Isso porque alterou completamente a natureza das questões até então colocadas, deixando de se

reportar ao delinqüente ou ao crime para se dirigir ao sistema de controle, e porque abandonou o paradigma etiológico-determinista, estabelecendo uma ruptura metodológica e epistemológica com a criminologia tradicional. Representou, portanto, no conjunto de críticas sociológicas, o passo decisivo para a negação da ideologia da defesa social e de seus princípios basilares de sustentação (igualdade e interesse social).

Segundo Baratta (1997, p. 87) o *labelling approach* situa-se num horizonte de pesquisa dominado por duas grandes correntes da sociologia norte-americana: o interacionismo simbólico, inspirado na psicologia social e na sociolinguística do psicólogo social George H. Mead, e a etnometodologia originária da Sociologia Fenomenológica do jurista e sociólogo austríaco Alfred Schutz.

“Para o interacionismo simbólico a sociedade –ou seja, a realidade social- é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem. E (...) segundo a etnometodologia, a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas o produto de uma “construção social”, obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e de grupos diversos.” (Baratta, 1997, p. 87).

Tanto para o interacionismo simbólico como para a etnometodologia, o importante não é o mundo objetivo e sim aquele que é criado pelas ações sociais dos seres humanos através de amplos processos de interação e de intercomunicação com outros. Estudar a realidade social significa estudar os processos mediante os quais os indivíduos e a sociedade atribuem significados, “rótulos” aos comportamentos e aos processos sociais.

Partindo do interacionismo e da etnometodologia como esquema explicativo da conduta humana o *labelling* explica a conduta desviada ou criminosa não como uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída

ou anterior à reação social, mas uma qualidade atribuída a determinadas condutas e a determinados sujeitos através de amplos processos de definição e de seleção. Neste sentido, observa Andrade (1997, p. 206), os teóricos do *labelling*, ao deslocarem o problema criminológico do plano da ação para o plano da reação social, observam que a conduta não é criminosa por possuir uma natureza ontologicamente negativa e nem o indivíduo é criminoso em razão de traços específicos de sua personalidade. O caráter criminoso de um comportamento depende de um amplo processo social de definição – rotulação – através do qual serão selecionados os “bens jurídicos” tuteláveis e os indivíduos a serem etiquetados como delinqüentes. Nesta perspectiva a criminalidade deixa de ser o objeto da reação social, para converter-se em produto dela no sentido de que, através dos processos de definição e seleção, as instâncias de controle penal produzem tanto o crime e o criminoso ao defini-los e etiquetá-los como tais.

Ao negar a existência do crime como categoria natural (ontológica) e do criminoso como indivíduo natural ou socialmente determinado à prática delitiva, os teóricos do *labelling* estabelecem uma ruptura com a criminologia tradicional de base etiológica. Isso porque, observa Andrade (1997, p. 206 a 209), desviam seu interesse cognoscitivo das investigações sobre as causas do crime e sobre a pessoa do autor para os mecanismos sociais e institucionais através dos quais é construída a realidade social do desvio, ou seja, para os mecanismos através dos quais são criadas as definições de desvio (criminalização primária) e realizados os processos de criminalização (criminalização secundária) e para o impacto que produz o etiquetamento na identidade do desviante. A investigação é deslocada dos controlados para os controladores e para a dimensão macrossociológica do poder de controlar. Crime, criminoso e pena deixam de ser o objeto da reação social para transformarem-se em produto desta, uma vez que resultam do processo de interação entre a ação e a reação social.

Na perspectiva do *labelling*, acentuam Dias & Andrade (1997, p. 343), toda a investigação gravita em torno do problema da estigmatização penal e de como

esta é construída como “variável dependente” ou “independente”. No primeiro caso a investigação dirige-se para os critérios que orientam a seleção de determinados indivíduos para receber o estigma da delinquência e, no segundo para a análise das conseqüências desta estigmatização.

Também referindo-se aos níveis investigativos do *labelling* Andrade (1995, p. 30) observa que nele os estudos se situam em três níveis explicativos: 1. Um nível orientado para a investigação dos processos de criminalização primária em que são avaliados os processos através dos quais uma conduta é definida como desviada; 2. Um nível direcionado à análise dos processos de distribuição do status de criminoso (criminalização secundária) em que se avaliam os processos de seleção da população desviada; 3. Um nível direcionado à investigação do impacto da atribuição do *status* de criminoso na identidade do desviante (desvio secundário)..

O primeiro campo de investigação dirige-se a análise dos processos de criação das normas penais através do qual se definem os comportamentos delitivos, os bens jurídicos a serem protegidos e as penas a serem aplicadas. Na perspectiva do *labelling* esta investigação não se limita às definições legais, mas também compreende o conjunto de definições informais, (do senso comum) e o modo pelo qual ambas se condicionam reciprocamente. Partindo do pressuposto de que a realidade criminal é construída mediante definições e reações formais e informais o estudo dos processos de criminalização primária conduz também ao problema da distribuição do poder social de definição, isto é, ao estudo de quem detém tal poder em cada sociedade. Neste nível de investigação é que, salienta Andrade (1995, p. 30), o *labelling* conecta-se diretamente com as teorias do conflito que, com base no reconhecimento da estratificação social, na pluralidade de interesses e no conflito de classes, acentuam a importância da dimensão política no contexto das definições legais, demonstrando que as relações de poder influenciam este processo e que as definições legais representam, em

regra, os interesses dos grupos que tem o poder de influir sobre os processos de criminalização.

O segundo nível de investigação refere-se aos processos de criminalização secundária, consubstanciados através da aplicação das normas pelo Sistema de Justiça Criminal. Segundo Baratta (1997, p. 101), neste campo específico, em que a investigação dirige-se aos mecanismos de reação e de seleção da população criminosa, o *labelling* recebeu importante reforço das pesquisas em torno da criminalidade de colarinho branco realizadas por Sutherland, e das pesquisas relacionadas à cifra-negra da criminalidade. Sutherland cunhou a expressão "white collar criminality" para designar a delinquência característica dos setores econômicos mais poderosos. A partir da constatação da abundância destes comportamentos e comparando-os com o grau da repressão a eles destinados pelos órgãos do sistema penal, lançou profundos questionamentos sobre o valor das estatísticas criminais oficiais e de sua interpretação para a compreensão do fenómeno criminoso. A diferença entre a criminalidade identificada e a de fato perseguida pelos órgãos da justiça criminal demonstrou a existência de uma 'cifra-negra'. Esta cifra colocou em xeque o valor das pesquisas criminológicas orientadas a partir da análise das estatísticas criminais oficiais e da análise dos grupos sociais submetidos de fato ao controle, penal, pois este grupo (de crimes e de criminosos) representava apenas uma parcela do conjunto de comportamentos criminosos praticados.¹¹ A partir destas constatações foi possível estabelecer uma correção no conceito de criminalidade: ela deixou de ser o comportamento de uma minoria, como defende a criminologia etiológica e a ideologia da defesa social a ela correlata, mas, ao contrário, passou a ser vista como comportamento da grande maioria dos membros de nossas sociedades.

A constatação da seletividade nos processos de criminalização secundária evidenciou a necessidade de compreensão dos fatores ou dos processos mediante os quais determinados indivíduos são etiquetados como desviados ou

criminosos. Neste nível investigativo, a questão relativa às causas do comportamento criminoso, o caráter ou a tendência criminal de certos indivíduos é substituída pela pesquisa sobre as condições que determinam o grau de probabilidade com que certos comportamentos e certos indivíduos são definidos como criminosos. Nesta perspectiva a "minoridade criminal perigosa", a que se refere a criminologia etiológica tradicional, é identificada apenas como a minoria perseguida seletivamente pelo sistema criminal através de mecanismos de seleção em que são fundamentais os estereótipos de autores e de vítimas. A clientela do sistema penal é constituída a partir de variáveis relacionadas à condição social (pobres), racial (negros ou mulatos) e intelectual (analfabetos) dos selecionados, "...não porque estes tenham maior tendência para delinquir mas porque têm maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como criminosos." (Andrade, 1997, p. 270). A distribuição desigual, em desvantagem para os grupos sociais mais débeis, ocorre segundo as leis de um código social (second code), que produz e reproduz os estereótipos de criminosos, regulando a aplicação das normas penais abstratas por parte das instâncias oficiais. (Dias & Andrade, 1984, p. 389)

Baratta (1997, p. 112-113) acentua que as pesquisas realizadas neste nível investigativo conduziram a resultados irreversíveis, sacudindo os fundamentos da ideologia penal tradicional. Observa que elas colocaram em questão o princípio da igualdade ao demonstrarem que

"... a criminalidade não é, segundo sua definição legal, o comportamento de uma minoria, mas da maioria dos cidadãos e que, além disso, segundo a sua definição sociológica, é um *status* atribuído a determinados indivíduos por parte daqueles que detêm o poder de criar e de aplicar a lei penal mediante mecanismos seletivos, sobre cuja estrutura e funcionamento a estratificação e o antagonismo dos grupos sociais têm uma influência fundamental". (Baratta, 1997, p. 113).

¹¹ Sobre a cifra negra da criminalidade ver Thompson, Augusto. Quem São os Criminosos? Rio de Janeiro:

O terceiro nível investigativo do *labelling* refere-se à avaliação do impacto da atribuição do *status* criminoso sobre a personalidade do indivíduo. Neste campo as pesquisas sobre a estigmatização penal e sobre a transformação da identidade social da população criminosa demonstram que a intervenção penal produz efeitos não somente sobre a identidade que o criminalizado produz sobre si mesmo, como também sobre a identidade que os outros atribuem a ele. A mudança na identidade social como efeito das sanções penais tem sido comprovada especialmente em razão dos níveis de delinquência secundária, ou seja, das formas de reincidência, que demonstram a assunção por parte dos selecionados de uma verdadeira e própria carreira criminosa. Esta análise coloca em dúvida o efeito reeducativo da pena e os princípios do fim ou da prevenção, próprios da ideologia da defesa social.¹²

Em seu conjunto, as análises desenvolvidas a partir da teoria do *labelling*, permitiram a passagem para movimentos mais radicais que se ocuparam em estudar os critérios de definição do crime e de distribuição do *status* criminoso. A partir do *labelling* se opera a passagem da criminologia tradicional e de seu paradigma etiológico-determinista, baseado na investigação das causas da criminalidade, para o paradigma da reação social, que se constitui a partir da investigação das condições de criminalização. Com esta passagem, os mecanismos de definição e de reação social passaram a ocupar lugar central,

Achiamé, 1983.

¹²Neste contexto, ganha destaque a crítica à prisão e as funções a ela atribuídas pela ideologia da defesa social: ela não cumpre com a função de prevenção geral pois não diminui os índices de criminalidade, contribuindo para seu incremento e não cumpre com a função de prevenção especial pois o cárcere gera efeitos contrários à ressocialização e à reeducação do condenado.

Baratta (1997, p. 178-180)acentua que as pesquisas empíricas desenvolvidas em torno da prisão demonstra a existência de uma subcultura dentro destas instituições que torna inútil qualquer tentativa de reinserção social através delas. As características do modelo carcerário contribuem para que as instituições de detenção produzam efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado produzindo, em regra, efeitos favoráveis à inserção destes na população criminosa. O indivíduo que ingressa no sistema prisional passa por um processo de adaptação –prisonização– que se perfaz em duas fases distintas: a) a fase da desculturação: quando o condenado desaprende a viver em sociedade, diminui sua responsabilidade para com sua subsistência e a de sua família, distanciando-se dos valores e das formas de comportamento próprias da sociedade livre; b) a fase da aculturação, quando são apreendidos os valores próprios da subcultura carcerária. Nesta fase o indivíduo recebe a educação para ser criminoso e/ou para ser bom preso – para adaptar-se às regras da prisão que são totalmente distintas daquelas que vigem na sociedade livre. Neste sentido ver também Thompson (1983).

transformando-se em objeto da investigação criminológica, inaugurando, assim, o paradigma da reação social ou o paradigma da definição.

Neste contexto contribuíram as teorias do conflito que, a partir da consideração da estratificação social, dos conflitos de interesses e de hegemonia entre classes, acresceram ao paradigma da reação social uma dimensão política, demonstrando que os processos de criminalização estão condicionados pelos interesses dos grupos politicamente mais fortes.

1.2.3 A criminologia crítica

A criminologia crítica emerge a partir dos fundamentos críticos estabelecidos pela criminologia liberal contemporânea e desenvolve, para além desta, uma análise do sistema penal que se apresenta como a maior e mais acabada crítica aos seus fundamentos de legitimação e de sustentação. Representa, no conjunto de teorias e críticas que compõe o impulso desestruturador, a desconstrução unitária mais elaborada da ideologia da defesa social. (Baratta, 1997, p. 159; Andrade, 1997, p. 282)

Valendo-se dos fundamentos teóricos colocados pelo *labelling* ela desenvolve, para além dele, a dimensão do poder a partir de uma perspectiva materialista. Neste sentido é que Baratta observa que quando a dimensão do poder é colocada ao lado da dimensão da definição – desenvolvida pelo *labelling* – chega-se ao elemento de constituição da Criminologia Crítica.

Andrade (1997, p. 215) acentua que enquanto teoria explicativa do sistema penal, a criminologia crítica parte não só do reconhecimento da irreversibilidade dos resultados do paradigma da reação social e das teorias do conflito a partir dele desenvolvidas como também do reconhecimento de suas limitações analíticas macrosociológicas. Para Barata o paradigma da reação social não faz

a análise do sistema penal com o grau suficiente de abstração em relação à estrutura econômica, centrando sua atenção nos processos de criminalização em si, sem questionar seus condicionantes estruturais. Isso porque neste paradigma "...o momento político é definido de modo independente da estrutura econômica das relações de produção e de distribuição" (Baratta, 1997, p. 116). Mas, o reconhecimento destas limitações não conduz à negação, mas à reafirmação dos resultados e sua complementação na direção desejada. (Andrade, 1997, p. 217).

Neste sentido, acentua Baratta (1997, p. 160-161) a plataforma teórica alcançada pela criminologia crítica é preparada pelas correntes mais avançadas da sociologia criminal liberal. O caminho percorrido por elas, a partir dos anos 30, conduziu ao limiar da criminologia crítica porque permitiu: 1. o deslocamento do enfoque teórico do autor para as condições objetivas, estruturais e funcionais que estão na origem do fenômeno do desvio e; 2. O deslocamento do interesse cognoscitivo das causas do desvio criminal para os mecanismos sociais e institucionais através dos quais é construída a realidade social do desvio. Assim:

"Opondo ao enfoque biopsicológico o enfoque macrossociológico, a criminologia crítica historiciza a realidade comportamental do desvio e ilumina a relação funcional ou disfuncional com as estruturas sociais, com o desenvolvimento das relações de produção e de distribuição. O salto qualitativo (...) consiste na superação do paradigma etiológico que era o paradigma fundamental de uma ciência entendida, naturalisticamente, como teoria das causas da criminalidade. A superação deste paradigma comporta, também, a superação de suas implicações ideológicas: a concepção do desvio e da criminalidade como realidade ontológica preexistente à reação social e institucional..." (Baratta, 1997, p. 161).

Deste modo, na perspectiva da criminologia crítica, opera-se uma radical transformação no conceito de criminalidade. Esta

"... não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se

revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: (...) a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos em tipos penais; (...) a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é (...) um "bem negativo", distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos." (Baratta, 1997, p. 161).

Neste caminho, salienta Andrade (1997, p. 219), a criminologia crítica toma o sistema penal como objeto de análise, avaliando a relação existente entre ele e o sistema econômico/social em que se insere. Neste sentido busca descrever as condições objetivas, estruturais e funcionais que originam, na sociedade capitalista, os processos de criminalização para, partindo da descrição da operacionalidade desigual e seletiva do sistema penal, ocupar-se em interpretar estruturalmente esta desigualdade, chegando, assim, à investigação das funções simbólicas e reais do sistema.

Partindo da análise da operacionalidade do sistema penal, Baratta (1982, p. 740; 1997, p.162) chega à afirmação de que este é absolutamente incapaz de cumprir com as funções declaradas em seu discurso oficial, ou seja, as funções baseadas na ideologia da defesa social, porque:

- a) O direito penal não tutela os bens e interesses de todos os membros da sociedade e quando defende os bens essenciais o faz de forma fragmentária e desigual;
- b) A lei penal não é igual para todos, sendo o *status* criminoso distribuído de modo desigual entre os indivíduos;

- c) O grau de tutela de bens jurídicos e a distribuição do status de criminoso não dependem da danosidade social ou da gravidade do comportamento criminoso, não representando ela a principal variável de orientação da reação criminalizante;

A análise do sistema penal demonstra que a atuação dos agentes do controle penal não é condicionada pelas variáveis legais mas sim por variáveis latentes (códigos sociais) que conduzem à avaliação da pessoa do autor; que a regularidade da atuação do sistema penal obedece a uma distribuição seletiva que deriva de mecanismos entre os quais têm importância fundamental os 'estereótipos' de autores e de vítimas. Desse modo a intervenção do sistema geralmente subestima e imuniza as condutas que, embora produzam mais altos danos sociais, não tenham sido praticadas por pessoas que correspondam ao estereótipo de criminosos.

Para a construção seletiva e desigual da criminalidade, o cárcere exerce papel fundamental. Através de um recorte sutil, ele desenha, não obstante o imenso universo de indivíduos violadores da norma penal, o estereótipo de criminoso. Ao estigmatizar determinados indivíduos e determinados delitos, ele mascara uma série de outros comportamentos que permanecem imunes à repressão penal. Assim, apesar do aparente fracasso quanto às funções declaradas de reinserção social, a prisão cumpre com uma função real de fundamental importância para a sustentação do sistema penal: não era seu alvo, ao contrário, ela o atinge à medida que destaca, no meio de tantas, uma forma particular de ilegalidade e um tipo específico de criminoso. Ela sublima uma forma de ilegalidade que parece resumir simbolicamente todas as outras, para deixar à sombra as que se quer ou se deve tolerar. (Baratta, 1982, p. 742).

A crítica construída no âmbito da criminologia crítica dirige-se, pois, em primeiro lugar, ao mito do direito penal como direito igual por excelência. Segundo esta perspectiva teórica, a igualdade formal, consubstanciada na afirmação

normativa da igualdade de todos os indivíduos perante a lei, transmuta-se em desigualdade substancial, uma vez que o tratamento oferecido pelo sistema penal aos violadores da norma penal é altamente desigual e fragmentário. Nesse sentido, afirma Baratta a igualdade formal dos sujeitos de direito revela-se como veículo de legitimação de desigualdade substancial. (Baratta, 1997, p. 163).

Esta fenomenologia da desigualdade é interpretada a partir do nexo funcional existente entre os mecanismos seletivos do processo de criminalização e a estrutura econômica capitalista. Tanto os processos de criminalização primária, através dos quais são selecionados os bens jurídicos considerados dignos de tutela penal, como os processos de criminalização secundária, através dos quais são selecionados os indivíduos que receberão a etiqueta de delinqüentes, são, sob sua ótica, condicionados pelas necessidades de manutenção e de reprodução da estrutura econômica vigente.¹³

Assim, asseguram os criminólogos críticos, se nas sociedades capitalistas contemporâneas, marcadas por um grau crescente de desigualdade econômica, o sistema penal atua desigualmente, assim o faz porque sua atuação é condicionada pelo desejo de manutenção de uma estrutura vertical de sociedade. Através do controle dos grupos que ocupam, na hierarquia social, o lugar menos privilegiado, o sistema penal exerce uma função real relacionada à produção e à reprodução das relações de desigualdade social e, para fazer isso, declara o cumprimento de funções de defesa social e individual. Estas cumprem a tarefa de cobertura ideológica, ou seja, uma função simbólica, dirigida à legitimação e à sustentação do sistema penal.

Neste sentido, acentua Andrade, (1999, p. 31)

¹³ É por isso, acentua Baratta (1997, p. 165) que os mecanismos de seleção primária (de bens jurídicos) quando se dirigem aos comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem às relações de produção e de distribuição capitalistas, formam uma rede muito fina, enquanto a rede é muito larga quando se trata de tipos relacionados a tipos que tem por objeto a criminalidade econômica ou qualquer outro tipo de criminalidade típica das classes que ocupam o poder. Do mesmo modo, os mecanismos de seleção secundária - a investigação empírica demonstra isso - atuam sobre indivíduos que ocupam, na escala vertical da sociedade, as posições mais baixas.

“... o controle penal se caracteriza por uma eficácia instrumental invertida, à qual a eficácia simbólica confere sustentação; ou seja, enquanto suas funções declaradas ou promessas apresentam uma eficácia meramente simbólica (reprodução ideológica do sistema) porque não são e não podem ser cumpridas, ele cumpre, latentemente, outras funções reais, não apenas diversas, mas inversas às socialmente úteis declaradas por seu discurso oficial, que incidem negativamente na existência dos indivíduos e da sociedade, e contribuem para reproduzir as relações desiguais de propriedade e de poder.”

Daí Andrade (1999, p. 33) referir-se a duas inversões. A “eficácia invertida” manifesta-se duplamente, incidindo sobre as funções de prevenção e garantidora do sistema penal. A “inversão preventiva” significa que a pena não só não cumpre com as funções declaradas de prevenção geral e especial, como cumpre com funções opostas, apresentando-se como fator criminógeno, estigmatizante e de reincidência. A “inversão garantidora”, perceptível a partir da consideração do descompasso entre programação normativa no âmbito dos princípios liberais garantidores e o real funcionamento do sistema penal, significa que “...o sistema penal não apenas viola como está estruturalmente preparado para violar seus princípios e que é, em regra, um sistema que se dirige à violação e não à proteção de direitos”.

Para Zaffaroni (1991, p. 149) a afirmação de que o sistema penal cumpre com uma eficácia inversa àquela declarada normativamente significa afirmar que o sistema penal, ao invés de apresentar-se como um instrumento de realização e de defesa dos direitos humanos, é instrumento de consagração ou cristalização da desigualdade de direitos em todas as sociedades. Significa dizer que o sistema penal e especialmente a pena apresenta-se como violência institucional cuja função principal é a de servir de instrumento de reprodução da violência estrutural. (Andrade, 1999, p. 34).

Ao considerar o distanciamento entre a dimensão programadora, que expressa um conjunto de funções socialmente úteis atribuídas aos sistemas penais (consubstanciadas nas promessas de segurança individual e de defesa social), e sua realidade operacional, marcada pelo fenômeno da desigualdade e pela produção e reprodução da realidade criminal e da violência estrutural, a Criminologia crítica declara a ilegitimidade do controle penal. Esta ilegitimidade deriva, pois, da inexistência de sintonia entre as duas dimensões constitutivas do sistema, uma vez que a realidade operacional não reflete a dimensão programadora, em nome da qual o sistema pretende se legitimar.

1.2.4 A crítica à legalidade e à utilidade enquanto pilares de justificação do controle punitivo

O conjunto de críticas que compõe o impulso desestruturador do sistema penal atingiu frontalmente a ideologia da defesa social e com ela os dois grandes pilares de justificação construídos pelo saber penal oficial: a legalidade e a utilidade.

A análise macrosociológica elaborada no âmbito da criminologia crítica, ao demonstrar a atuação seletiva do sistema e comprovar o descompasso existente entre programação normativa e a dimensão operacional desqualificou o pilar da legalidade. Neste sentido, Zaffaroni (1991, p. 21) observa que a operacionalidade real do sistema penal seria legal se os órgãos que para ele convergem exercessem seu poder de acordo com a programação legislativa. Exercer o poder punitivo dentro do marco da legalidade significaria fazê-lo respeitando: 1. a legalidade penal, que exige que o exercício do poder punitivo se dê nos limites estritos estabelecidos pela lei; 2. a legalidade processual, que exige que os órgãos do sistema penal exerçam seu poder para criminalizar todos os autores de ações criminosas, no sentido de o sistema exercer sempre, em todos os casos, o seu poder e; 3. A legalidade executiva, que exige que a execução penal se dê no

estrito marco normativo, não só com respeito à forma, mas também com respeito aos fins atribuídos à sanção aplicada.

A análise do sistema penal, enquanto conjunto articulado de instâncias, demonstra que se violam a legalidade penal, a processual e a executiva. A primeira é violada quando o exercício do poder penal se dá à margem daquele normativamente estabelecido. Neste âmbito destacam-se especialmente as constantes violações aos limites normativos do poder punitivo, levadas a cabo pelos órgãos responsáveis pelo controle penal, violações estas que, não raras vezes, constituem-se como fontes de novas situações de conflito e de violência social.¹⁴ A segunda é violada quando a lei, não obstante sua declarada característica de generalidade, aplica-se de modo desigual e seletivo aos violadores da norma penal, estabelecendo uma margem crescente de impunidade. A legalidade executiva é violada sempre que a sanção penal executada, notadamente a pena carcerária, apesar de sua declarada função de ressocialização e de reeducação do condenado, cumpre com funções opostas à de reinserção social. O processo de prisionização a que é submetido o condenado o conduz à estigmatização social e, não raras vezes, à assunção do *status* criminoso que o sistema penal lhe conferiu. (Baratta, 1982 b, p.745)

A seletividade do sistema penal demonstra que o princípio da legalidade possui um caráter meramente retórico e formal que se dirige sobretudo à legitimação discursiva do sistema. Barata observa que a seletividade da atuação constitui a própria condição de manutenção do sistema penal pois este, além de não possuir uma estrutura apta a operacionalização de todo seu poder criminalizante, se por ventura o fizesse teria que punir quase a totalidade da

¹⁴ Neste campo Zaffaroni (1988, p. 15-18) observa a existência, especialmente nos países latino-americanos, de um subsistema penal paralelo. Este subsistema constitui-se a partir da atuação arbitrária de membros dos órgãos de repressão, e se dá sem qualquer consideração aos limites e garantias constitucionais. (Criminologia – Aproximacion desde un margen) . Neste sentido ver CALDEIRA, César. Caso do Carandiru: um estudo sócio-jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 29, p. 129-168, 2000.

população. Observa, então, que a impunidade é a regra de funcionamento do sistema penal porque ele está estruturalmente montado para que a legalidade não opere em toda sua dimensão.

Referindo-se a legalidade, enquanto instrumento de legitimação do poder punitivo, Baratta (1986, p. 81) acentua que

“... inclusive depois do advento do Estado de direito, a história do sistema punitivo segue desenvolvendo-se parcialmente a margem da história do direito penal. O princípio da legalidade – assim como os demais princípios do direito penal liberal – se manifesta especialmente como uma instância ideológica de legitimação e não como um princípio real de funcionamento enquanto não corresponde, senão parcialmente e de forma contingente, ao funcionamento efetivo do sistema penal”.

A desconstituição do pilar da legalidade traz consigo a desconstituição do pilar da utilidade, uma vez que este representou o complemento substancial à forma legal, no sentido de atribuir-se às normas penais o conteúdo adequado a realização da declarada função de defesa social. O desrespeito à legalidade penal traz consigo o desrespeito à função de defesa individual e/ou social, declarada normativamente. Neste sentido, quando os titulares dos poderes públicos atuam arbitrariamente, não respeitando o valor vinculativo das regras penais, relativizam o valor efetivo das normas legais, enquanto instrumento de controle do poder punitivo e de garantia individual em face de tal poder. O rompimento com a legalidade processual relativiza a declarada função utilitária pois a seletividade do sistema demonstra que a defesa social racionalizadora do discurso jurídico-penal oficial transmuta-se na defesa de interesses de determinados grupos em detrimento de outros, eis que os comportamentos mais lesivos ao interesse coletivo, via de regra, ficam imunes a qualquer forma de atuação do sistema. Do mesmo modo, a violação da legalidade executiva, que se manifesta através do desrespeito às regras legais que disciplinam a execução da

pena e da demonstração inequívoca da ineficácia ressocializadora da prisão, desconstitui a racionalidade discursiva do sistema, que se assenta na idéia do controle penal como instrumento útil para a realização da função de prevenção especial (ressocialização) e como instrumento eficiente de controle da criminalidade e de defesa da sociedade.

Paralelamente à crítica macrossociológica elaborada no âmbito da criminologia crítica, constituiu-se uma crítica ético-política e jurídica ao modelo de controle penal construído pela modernidade e a seus pilares de legitimação. Esta crítica, que tem em Luigi Ferrajoli um de seus principais formuladores, também incide sobre os dois grandes pilares de legitimação do controle punitivo. A crítica ao utilitarismo, enquanto princípio legitimador da intervenção punitiva, é elaborada, desde uma perspectiva ético-política, a partir da consideração de que este paradigma justificacionista fixa como missão para o direito penal a busca do bem estar da maioria, ou seja, a defesa da maioria não desviada em detrimento da minoria desviada, permitindo a consolidação de modelos de direito penal máximo, em que qualquer lesão dos direitos fundamentais dos desviados é justificada em razão do bem estar da maioria.

A crítica à legalidade, enquanto pilar de legitimação do controle punitivo é uma crítica propriamente interna, que se constitui não como crítica ao princípio em si, mas como crítica à feição por ele assumida no contexto moderno e contemporâneo. Trata-se de uma crítica que recai sobre o que se considera a "crise da legalidade" enquanto instrumento efetivo de vinculação dos poderes públicos. Neste sentido, observa Ferrajoli (1997, p. 89) a crise da legalidade aparece como ".... crise do valor vinculativo associado às regras pelos titulares dos poderes públicos, que se exprime na ausência ou na eficácia dos controles e, portanto, na variada e espetacular fenomenologia da ilegalidade do poder." Representa ela um dos principais aspectos da crise profunda e crescente pela qual passa o direito enquanto "....sistema artificial de garantias

constitucionalmente preordenado à tutela dos direitos fundamentais.” (Ferrajoli 1997, p. 93).

Esta crise da legalidade representa, na ótica de Ferrajoli, o maior e mais perigoso risco à garantia dos direitos de liberdade, sociais e coletivos, estabelecidos sob a forma de direitos fundamentais nas constituições contemporâneas e evidencia os níveis de ilegitimidade interna dos sistemas normativos inerentes aos Estados Constitucionais de Direito. Nestes Estados, caracterizados pela incorporação normativa em nível constitucional dos direitos políticos, civis e sociais, a legalidade, enquanto princípio de justificação do poder, assume uma natureza diferenciada: neles a regulação jurídica não é só condicionante, mas também é ela própria condicionada por vínculos jurídicos não só formais, mas também substanciais, relativos aos direitos fundamentais. A crise de legalidade, enquanto princípio de justificação do poder punitivo e enquanto princípio jurídico limitador deste poder, tem conduzido à consolidação de modelos de controle penal máximo, ou seja, modelos de controle em que o poder proibitivo e punitivo é formalmente limitado, mas não o é substancialmente. A não limitação substancial conduz à elaboração de sistemas normativos penais máximos em que o tamanho das proibições e das sanções não está de fato limitado pelos vínculos constitucionais substanciais, ou seja, pelo respeito incondicional aos direitos humanos.

3.1.2 Crise de Legitimidade e Autolegitimação

Segundo Andrade (1997, p. 181) a análise realizada no marco da criminologia crítica evidenciou a crise de legitimidade do sistema penal, que se manifesta pelo descompasso existente entre sua prática operacional e sua programação normativa e pelo não cumprimento dos fins atribuídos à pena e ao Direito Penal. Essa crise não conduziu, contudo, a uma perda de sua autolegitimação oficial, a medida que se reforçam os processos ideológicos

mediante os quais se atribuem ao Direito Penal e ao sistema penal a qualidade utilitária de controle da criminalidade (o mal) em defesa da sociedade (o bem).

Neste sentido é que se pode explicar o fato de que, muito embora deslegitimado, o sistema continue, especialmente nas últimas décadas, a expandir seu âmbito de intervenção. Expansão esta que se sustenta pelo reforço da ideologia da defesa social e pelo alto grau de aceitação societária da resposta punitiva, entendida não só como melhor resposta para a resolução das situações conflitivas e problemáticas que se agudizam no contexto político e econômico contemporâneo, mas também como instrumento mais eficaz para a defesa dos direitos humanos.

1.3 As propostas minimalistas como respostas político-criminais alternativas diante da crise de legitimidade do sistema penal

A consciência dos níveis de expansão dos sistemas penais e de sua crise de legitimidade, conduziu não só a consolidação de um conjunto de críticas negativas (impulso desestruturador do sistemas penais) mas também permitiu a construção de um universo teórico que, situado numa dimensão propriamente prospectiva, contribui para a elaboração, ainda que em sede teórica, de políticas criminais alternativas. Conforme acentua Andrade (1997, p. 185), dentro deste campo, encontram-se hoje em curso dois grandes eixos de políticas criminais alternativas que se fundamentam ou na necessidade da mínima e redefinida intervenção penal ou na abolição do sistema penal. Estes eixos distribuem-se em três grandes modelos: a) posturas abolicionistas; b) posturas minimalistas e; c) posturas que, apesar de não negar a utopia abolicionista, afirmam a necessidade de uma intervenção penal mínima baseada na reconstrução crítica e no fortalecimento das garantias liberais a curto e médio prazo.

O abolicionismo representa a mais original e radical proposta político-criminal que nasce como resultado da crítica sociológica ao sistema penal. Nega a legitimidade do sistema penal tal como ele atua na realidade social contemporânea e nega a legitimação de qualquer outro sistema penal alternativo. Postula pela abolição radical dos sistemas penais afirmando a necessidade da utilização de mecanismos informais de resoluções dos conflitos. Dentre os autores abolicionistas destacam-se Louk Hulsman (1982 e 1997), Nils Christie (1997 e 1998) e Thomas Mathiesen (1997). Hulsman (1982, p. 55-88) afirma existirem três razões fundamentais a justificar a abolição do sistema penal: a) ele é um mal que causa sofrimentos desnecessários que são distribuídos de forma desigual e injusta; b) não apresenta efeitos positivos sobre as pessoas envolvidas nos conflitos, criando mais problemas do que os que pretende resolver; e c) é difícil de ser mantido sobre controle. Sua proposta é a de substituição do sistema penal por instâncias intermediárias ou individualizadas de solução dos conflitos que estejam aptas a atender às necessidades reais das pessoas neles envolvidas. Para fazê-lo, Hulsman propõe (1997, p. 206-213) um conjunto de estratégias que partem da substituição, no plano da linguagem, das categorias crime e criminalidade pela noção de situações problemáticas. Nesta nova linguagem a ênfase estaria nas situações e não nos comportamentos; na natureza problemática e não na natureza ilegal (criminosa) do conflito; na pessoa para quem algo é problemático (vítima) em vez de no agressor e, finalmente, na questão relativa ao enfrentamento da situação problemática (numa perspectiva de futuro e passado) em vez de na gravidade e na alocação de culpa no agressor.

O minimalismo penal também pode ser situado entre o conjunto de propostas político-criminais alternativas elaboradas a partir do reconhecimento da crise de legitimidade dos sistemas penais contemporâneos e de seus crescentes níveis de expansão. Não obstante isso, possui uma variante pragmática que se apresenta como resposta reformista e eficientista diante da crítica incisiva que recai sobre a suposta "falência" dos sistemas penais contemporâneos e, especialmente, sobre a pena de prisão. A presença desta variante permite dividir o

pensamento minimalista em duas perspectivas distintas: Minimalismo pragmático/eficientista e o Minimalismo teórico.

O minimalismo pragmático erige-se como variante do pensamento penal dominante e, como tal, nasce profundamente marcado pela ideologia da defesa social. Defende, dentro de uma perspectiva meramente reformista e efficientista sem pretensão teórica de longo alcance, a intervenção mínima através da descriminalização de comportamentos, da recuperação dos limites do direito penal liberal e, sobretudo, da redução da pena de prisão e sua substituição por medidas penais alternativas. Esse minimalismo tem orientado reformas normativas, no sentido da descarcerização e da adoção de medidas alternativas à prisão, declarando o objetivo de, através delas, garantir maior eficiência ao sistema penal e à sua declarada função de defesa social.¹⁵

O minimalismo teórico desenvolve-se a partir de uma perspectiva radical de contestação da ideologia penal oficial e como tal nega a legitimidade dos sistemas penais contemporâneos, propondo uma alternativa mínima que considera como mal necessário. Ao referir-se a ele, Zaffaroni (1991, p. 89) observa que é tão deslegitimante quanto o abolicionismo em relação aos sistemas penais existentes. Acrescenta, contudo, que para os abolicionistas a palavra deslegitimação engloba "... tanto os sistemas penais formais existentes como os futuros..." e, "... para alguns autores do minimalismo penal a deslegitimação estende-se apenas aos sistemas penais atuais e aos sistemas penais que, propostos para o futuro, não incorporem os postulados de sua contração minimizante".

Este é o contexto em que se inserem as propostas minimalistas de Alessandro Baratta e de Luigi Ferrajoli. Ambas serão analisadas nos capítulos subseqüentes mas, não obstante isso, pode-se, desde já, traçar alguns elementos

¹⁵ Parte das reformas penais dos últimos anos no Brasil tem sido orientada por esta perspectiva minimalista. Inserem-se aí os institutos da suspensão condicional do processo e da transação penal previstos na lei

de diferenciação entre elas. A proposta minimalista de Baratta, apesar de não negar a utopia abolicionista, reconhece os limites políticos e culturais que uma proposta de abolição do sistema penal enfrentaria a curto ou médio prazo, e, portanto, reconhece a importância da minimalização gradativa da esfera de controle penal, com o objetivo de buscar, a curto prazo, a redução dos níveis de violência e de desigualdade deste controle e, a longo prazo, sua abolição total e substituição por formas alternativas de resolução dos conflitos sociais. Apesar de não ter uma pretensão legitimante, o minimalismo de Baratta compreende a contração do Direito Penal como um importante momento de progresso social, no sentido do respeito aos direitos humanos.

O minimalismo de Ferrajoli aparece, ao contrário, inserido num universo teórico de contestação do modelo abolicionista. Polemizando com os abolicionistas, que realçam os custos do sistema penal, Ferrajoli procura realçar os custos de uma eventual anarquia punitiva. Sob sua ótica estes custos seriam maiores do que os derivados da utilização de um Direito Penal mínimo. Apesar de reconhecer a ilegitimidade dos sistemas penais contemporâneos, manifesta, sobretudo, através da fenomenologia da ilegalidade do poder, Ferrajoli opõe-se à deslegitimação absoluta do controle penal formal. Para justificar esta posição estabelece uma distinção entre funções e fins. As funções verificam-se empiricamente e os fins devem ser debatidos no plano axiológico, não podendo ser deslegitimados a partir de dados empíricos. Para ele uma deslegitimação radical do sistema penal só seria possível a partir da negação absoluta não só das funções mas também dos fins. Neste contexto é que constrói um novo fundamento legitimante para um futuro Direito Penal mínimo: um neo-utilitarismo, em que o Direito Penal estaria justificado como instrumento impeditivo da vingança, em defesa dos direitos humanos dos "desviados".

Capítulo II

O MODELO DE INTERVENÇÃO PENAL MÍNIMA DE ALESSANDRO BARATTA

O Minimalismo penal de Alessandro Baratta constitui-se como uma linha de política criminal alternativa que se dirige para uma perspectiva de máxima contração e, no limite, de superação do Sistema Penal. Considerando os limites políticos e culturais que a idéia de superação imediata das formas de controle penal enfrenta e por fundar-se numa visão macrossociológica que revela a lógica funcional do sistema que produz e reproduz a violência, as relações de poder e de dominação sociais e que atua de forma desigual e seletiva, propõe estratégias que sejam capazes de, em curto e médio prazo, minimizar os níveis de violência institucional que maculam a operacionalidade do sistema penal, e, a longo prazo, combater os processos ideológicos que forjam a cultura da violência, do controle e da segurança, solidificados no binômio crime/pena e na estratégia punitiva, com vistas à superação total (abolição) desta forma de controle.

Assim, paralelamente às estratégias intra-sistêmicas que buscam enfrentar o grave problema da violência penal (institucional), propõe estratégias extra-sistêmicas que sinalizam, ainda que utopicamente, para a superação do modelo punitivo de sociedade. Neste sentido é que se pode afirmar que seu modelo minimalista é um modelo aberto. Porque, apesar de trabalhar com o instrumental penal, com vistas a sua minimização, não abdica da utopia de uma sociedade em que a cultura do penal seja completamente superada.

2.1 Os fundamentos da política minimalista de Alessandro Baratta (Criminologia Crítica e Razão Crítica)

Os resultados alcançados pela Criminologia crítica e seu modelo peculiar de racionalidade, a racionalidade crítica, estão na base dessa estratégia radical de transformação do sistema penal.

Baratta (1989, p. 44) observa que racionalidade, enquanto fundamento teórico para uma política de reforma do sistema penal, pode significar duas coisas distintas: um modelo tecnocrático, no qual estão em questão os termos praticabilidade e eficiência em que a racionalização do sistema é o objetivo primordial e um modelo de racionalidade crítica, que permita compreender a realidade social em sua lógica dinâmica e contraditória.

A razão tecnocrática opera num nível intra-sistêmico, propondo estratégias de ajuste interno, que não afetam o sistema em sua estrutura, com o objetivo de alcançar um melhor funcionamento. Ela percebe as contradições entre as funções declaradas e as funções latentes do sistema, mas as concebe como contradições irracionais que refletem o descompasso entre o que é desejado e o que não é, e opera somente com aquelas que parecem internamente resolúveis. Ao fazer isto "... ela está somente em condições de estudar os segundos a partir do ponto de vista dos primeiros e por isso permanece no interior da ideologia penal." (Baratta, 1989, p. 48). Por não extrapolar o nível intra-sistêmico, seu instrumental é reformista e racionalizador e conduz, inexoravelmente, a um processo de legitimação dos sistemas penais.

Para Baratta, o conceito de racionalidade coerente com uma estratégia radical de reforma ou com a configuração de uma política criminal alternativa que conduza, no limite, à adoção de alternativas à política criminal difere da

razão tecnológica empregada pela Criminologia tradicional. Trata-se de uma racionalidade crítica, que compreende a realidade considerando uma lógica de contradição dialética a partir da qual a relação entre contrários passa a ser percebida não como uma relação casual, contingente e irracional, mas como uma relação lógica e racional. (Baratta, 1997 b, p. 213). A razão crítica, enquanto norma do pensamento e lógica da realidade, opera sempre num nível macrossociológico e, portanto, extra-sistêmico, funcionando não como norma para a ação, mas como ponto de partida para a teoria.

Quando se transfere esta lógica (lógica de contradição dialética) para uma análise realista da atuação dos sistemas penais inseridos no contexto sócio-econômico capitalista, Baratta (1989, p. 45-46; 1997, p. 213) observa ser possível demonstrar que:

- Os princípios utilizados desde a modernidade como fundamento para a atuação da justiça penal não se sustentam diante de uma descrição científica da estrutura de funcionamento dos sistemas penais;
- Os princípios necessários para explicar cientificamente o funcionamento da justiça penal são diferentes daqueles historicamente declarados;
- Esta contradição entre princípios declarados e funcionamento real do sistema não reflete apenas um contratempo, uma contingência, uma realização imperfeita do sistema ou uma irracionalidade, mas obedece a uma lógica, a uma racionalidade que encontra no elemento ideológico sua principal explicação. Os princípios declarados que constituem a imagem ideal do sistema penal, o seu "dever ser", assumem o *status* de uma ideologia que funciona numa dimensão meramente simbólica, assegurando a sua reprodução consensual, sua legitimação.

Ao ser tomado como objeto de análise científica, o elemento ideal ou ideológico é percebido como objeto inerente à estrutura e ao funcionamento do sistema penal e sua específica funcionalidade é desnudada. É através dele que se garante o necessário grau de consenso por parte dos operadores e da comunidade e que se mantém e reproduz o sistema penal. A lógica operacional do sistema é, pois, a lógica da contradição entre a funcionalidade declarada e a funcionalidade real. É através da contradição entre o elemento ideológico e a operacionalidade real que o sistema atua, garantindo, não obstante a funcionalidade real, sua reprodução consensual.

Para Baratta, através da utilização da razão crítica e de uma perspectiva de análise macrosociológica de base materialista, que assuma a ideologia como parte integrante do funcionamento do sistema penal e como objeto de análise, e que considere o contexto político e econômico em que o sistema penal está inserido, é que se descobre a racionalidade/funcionalidade das contradições do sistema. A compreensão desta funcionalidade evidencia que tais contradições não podem ser resolvidas no âmbito do sistema e por isso sua perspectiva de política criminal alternativa "... não é uma perspectiva de racionalização, mas uma perspectiva racional de superação do sistema." (Baratta, 1989, p.48).

A razão crítica, que orienta a política criminal minimalista de Alessandro Baratta, constitui a base para o desenvolvimento de um novo paradigma em Criminologia: a Criminologia crítica. Numa posição antagônica à ocupada pela Criminologia etiológica tradicional, a Criminologia crítica, incorporando os elementos desenvolvidos pela Criminologia da reação social, relativizou o conceito de crime demonstrando que este não é uma qualidade natural de determinados comportamentos, mas sim um status que é atribuído a determinados comportamentos, mediante processos de definição, ou seja, mediante processos de criminalização primária e secundária. Demonstrou que a criminalidade e o desvio são fenômenos socialmente construídos e procurou

explicar as condições objetivas, estruturais e funcionais que estão na base dos processos de definição.

Conforme acentua Andrade (1997 a, p. 218), ao perquirir sobre os condicionamentos estruturais/materiais dos processos de criminalização, especialmente a partir do desenvolvimento das teorias sociológicas do conflito, a Criminologia crítica recuperou a análise das condições objetivas que originam os fenômenos do desvio. Ao fazer isso deslocou seu interesse cognoscitivo das causas do comportamento desviante para os mecanismos de controle e para o próprio processo de criminalização, transformando-se numa teoria crítica e sociológica do sistema penal. O sistema penal, enquanto complexo de funções de criminalização para o qual concorrem diversas instâncias oficiais e informais, passa a constituir-se como objeto privilegiado de análise da Criminologia crítica.

O resultado dessa análise revela a criminalidade como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante um processo de dupla seleção: um processo de criminalização primária, em que são selecionados os bens ou interesses dignos de tutela penal e em que são descritos, mediante a constituição dos tipos delitivos, os comportamentos criminosos; e um processo de criminalização secundária, em que são selecionados os indivíduos a serem estigmatizados como criminosos entre todos aqueles que praticam tais comportamentos (Baratta, 1997 b, p.161). Através da análise destes processos de construção do comportamento desviante e dos mecanismos de execução das penas e/ou das medidas de segurança é que se chegou à crítica do mito do Direito Penal como direito igualitário, que constitui a base da ideologia penal da defesa social, responsável pela legitimação dos sistemas penais contemporâneos.

Ao mito da igualdade, fundado nos princípios do interesse social homogêneo, do delito natural, e da igualdade absoluta da lei penal para todos,

opõe a fenomenologia da desigualdade calcada em investigações que comprovam: a) que o direito penal defende bens e interesses que não interessam a todos os cidadãos, e mesmo quando pune ofensas a bens essenciais, o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) que a lei penal não se aplica a todos indistintamente, atribuindo-se desigualmente o *status* de criminoso, incidindo este especialmente sobre membros das camadas mais carentes da população; c) e, por fim, que os processos de criminalização primária e secundária não refletem o grau de danosidade social dos comportamentos, não se constituindo esta no principal elemento condicionante daqueles processos. (Baratta, 1997b, p. 162).

Partindo da descrição da fenomenologia da desigualdade, expressa pelo grau de seletividade com que o sistema penal atua, a Criminologia crítica chega à interpretação estrutural dessa desigualdade. Conforme acentua Andrade (1997 a, p. 219),

“No trânsito da análise da operacionalidade do sistema penal - descrição da desigualdade - para a sua interpretação estrutural, a Criminologia Crítica chega, assim, à investigação das funções simbólicas e reais do sistema penal e a uma desconstrução unitária e mais elaborada da ideologia da defesa social.”

Ao descrever a funcionalidade real do sistema penal, Baratta observa que

“Em uma análise histórica e sociológica, baseada no método de pensamento crítico, o sistema penal se apresenta como um dos mecanismos principais de conservação e reprodução da realidade social. Seu efeito geral não é de propulsão ou de transformação: ele contribui para assegurar, reproduzir e também legitimar (...) as relações de desigualdade que caracterizam a nossa sociedade, em particular a escala vertical, ou seja, a diversa distribuição de recursos e poder, que é a consequência visível do modo de produção capitalista.” (Baratta, 1989, p. 47).

E continua...

"O funcionamento desigual e fragmentário do sistema não reflete, somente, a desigual distribuição dos recursos e do poder na sociedade, e a correspondente hierarquia dos interesses em jogo, mas concorre, também, e de forma não desprezível, à reprodução material das relações de subordinação e de exploração. É também parte integrante do mecanismo através do qual se opera a legitimação destas relações, isto é, a produção de um consenso artificial e, sobretudo, a desarticulação do dissenso." (Baratta, 1997, p. 215).

Por fim a Criminologia crítica apresenta como resultado global de suas investigações a tese segundo a qual o sistema punitivo se apresenta como um subsistema funcional para a reprodução material e ideológica das relações sociais globais, ou seja, das relações de poder e de propriedade existentes e dos níveis de injustiça social a elas inerentes, mais do que como instrumento de defesa social, ou seja, de tutela de interesses e direitos particulares de todos os indivíduos.

Assim, observa Andrade (1997, p. 291) a função declarada de proteção de bens jurídicos universais, de repressão da criminalidade e da violência, se transmuta em função simbólica de legitimação do sistema penal e paralelamente a ela identificam-se as funções reais do sistema, quais sejam, a produção e reprodução do conceito de crime e criminoso através do recorte de formas de comportamento próprias das classes dominadas e da exclusão dos comportamentos próprios das classes dominantes que contribui para o controle dos grupos mais fracos e para a conseqüente reprodução das relações sociais de exploração e de dominação.

As investigações sociológicas, que permitem à Criminologia crítica demonstrar os níveis de desigualdade e seletividade do sistema punitivo, evidenciam também, segundo Baratta (1987 a, p. 625), que a pena,

especialmente a privativa de liberdade, mesmo quando executada no estrito marco da legalidade, representa uma forma de violência institucionalizada¹⁴. Isto porque significa violação ou suspensão de direitos e supressão de necessidades reais básicas do indivíduo. Este tipo de violência atinge níveis mais acentuados quando o sistema penal oficial opera à margem da legalidade, violando, seja durante a persecução penal ou a execução da pena, as garantias normativamente asseguradas aos acusados e condenados.

Para Baratta, a análise da funcionalidade operacional do sistema demonstra que este produz mais problemas do que aqueles que ele se declara apto a resolver. O sistema não compõe ou resolve os conflitos, apenas os reprime, fazendo com que estes, não raras vezes, adquiram um caráter mais grave do que o conflito originário que pretendia sanar; e, também, por efeito da intervenção penal marcadamente violenta, contribui para a emergência de novos conflitos. Do mesmo modo, uma simples avaliação da programação normativa em face da capacidade estrutural/organizacional do sistema punitivo revela que este é absolutamente inadequado para o cumprimento das funções declaradas normativamente. Seja pela sua estrutura organizativa ou pelo modo que funciona, o sistema é incapaz de cumprir com as funções de defesa social próprias da ideologia penal dominante. (Baratta, 1978, p. 625).

¹⁴ Para Baratta o conceito de violência não pode ficar restrito aquele utilizado pela Criminologia e pela dogmática tradicional e que se resume a violência individual praticada por um indivíduo contra outro. Baratta constrói o conceito de violência a partir de uma articulação com o conceito de direitos humanos. Para este autor direitos humanos são as necessidades reais dos indivíduos, e essas necessidades reais dizem respeito as potencialidades de existência e de qualidade de vida das pessoas, dos grupos e dos povos que correspondem ao desenvolvimento de sua capacidade de produção. Assim para Baratta a violência é repressão das necessidades reais e, portanto, dos direitos humanos dos indivíduos. Deste modo, reconhece na violência estrutural a forma genérica, em cujo contexto se originam direta ou indiretamente todas as outras formas de violência: a violência individual, violência de grupo, violência institucional, violência internacional. A violência estrutural representa a permanente tentativa de repressão das necessidades reais das pessoas, dos grupos e dos povos e é sinônimo de injustiça social, pois esta repressão contribui para o reforço da discrepância entre situações reais e situações potenciais de vida dos indivíduos. A violência institucional aparece quando a repressão de uma necessidade real do indivíduo é realizada por um agente pertencente a um órgão do Estado, podendo ter forma legal (quando se opera dentro do marco da legalidade) ou ilegal. Mas em qualquer caso, a violência representa sempre "... a repressão de necessidades reais e, portanto, violação ou suspensão de direitos humanos." (Baratta, 1993, ps. 47-48)

Não obstante sua incapacidade histórica quanto ao cumprimento das funções que declara, o sistema mantém-se inabalado. Para Baratta isso ocorre porque, apesar do seu aparente fracasso, o sistema é funcional para o sistema de produção capitalista. Para explicitar esta tese, Baratta se utiliza do exemplo oferecido pela pena carcerária. Apesar do evidente fracasso desta instituição quanto ao cumprimento de suas funções declaradas de combate à criminalidade (prevenção geral), de ressocialização do condenado (prevenção especial), de defesa dos interesses mais elementares da comunidade, a pena carcerária é altamente funcional para o sistema de produção capitalista. Ao incidir seletivamente sobre os grupos mais débeis produz e reproduz a idéia de criminalidade como um comportamento destas classes, comprometendo-se ideológica e materialmente com a reprodução das relações desiguais que marcam a sociedade capitalista.

Apesar de deslegitimado pelo evidente descompasso entre programação normativo-teleológica e prática operacional, o sistema sustenta-se e se mantém na inabalada a crença no instrumental penal como instrumento adequado para o combate à violência e para a defesa social. Isso se deve à eficácia do elemento ideológico responsável pela legitimação do sistema, que revela o sucesso de uma funcionalidade simbólica que se sustenta pela ideologia da defesa social, própria da criminologia tradicional.

Enquanto o sistema se mantém, mantém-se seu exercício de poder, marcado pela "violação encoberta" (seletiva) e "aberta" (ilegal) dos direitos humanos e pela violação de "...sua programação normativa (os princípios constitucionais do Estado de Direito e do Direito Penal e Processual Penal liberais) e teleológica (fins atribuídos ao Direito Penal e à pena)..." (Andrade, 1997, p. 311). Por isso, o Direito Penal mínimo tem como objetivo estabelecer um programa que, de um lado, possa conduzir à superação do modelo punitivo de controle e, de outro, possa combater e conter a violência com que o sistema penal manifesta o seu exercício de poder.

2.2. O minimalismo como política criminal alternativa

A perspectiva de reforma radical que surge com a criminologia crítica, parte, portanto, do conhecimento dos mecanismos seletivos e das funções reais desempenhadas pelo sistema penal. O reconhecimento destas funções que evidenciam os níveis de desigualdade e de violência operacional conduzem, necessariamente, à elaboração de uma política criminal de superação do sistema.

Baratta sustenta que o enfoque materialista do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, que deriva do desenvolvimento da Criminologia crítica, e a análise radical dos mecanismos e das funções reais do sistema penal devem determinar as linhas de uma estratégia autônoma e alternativa no setor do controle do desvio. Neste sentido é que em sua obra "Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal", escrita na década de 1980, traça os princípios ou estratégias que considera fundamentais para uma política criminal alternativa.

Essa política, que resulta do enfoque materialista a partir do qual compreende o sistema penal e suas funções, deve se orientar, em primeiro lugar, pelo interesse das classes subalternas, eis que estas são as únicas interessadas em uma luta radical contra as estratégias de controle penal próprias das classes dominantes, altamente funcionais à reprodução do sistema econômico e social verticalizante próprio das sociedades capitalistas. Num primeiro momento estas classes devem estar interessadas num deslocamento do campo de atuação do sistema de justiça criminal para áreas de nocividade social que, não obstante o acentuado grau de danosidade, são historicamente imunes aos processos de criminalização.

Pesquisas sobre a criminalidade de colarinho branco e sobre a cifra-negra demonstram que, apesar do desvio criminal não estar concentrado

exclusivamente nos indivíduos pertencentes às classes subalternas e nos delitos contra a propriedade, são estes os indivíduos e os delitos sobre os quais incidem prioritariamente os mecanismos de criminalização secundária do sistema penal. Paralelamente mantêm-se imunes os comportamentos próprios das classes dominantes. O sistema de criminalização e de imunidades corresponde a uma lógica que se refere, respectivamente, à disfuncionalidade/funcionalidade do desvio em relação ao sistema de produção capitalista. Neste sentido é que Baratta coloca a necessidade de deslocamento das áreas prioritárias de atuação do sistema de justiça criminal, transferindo-se da criminalidade contra o patrimônio individual e dos grupos subalternos para a criminalidade contra o patrimônio coletivo (criminalidade econômica, poluição ambiental, criminalidade política....) própria das classes dominantes.

Aliada a essa estratégia, propõe (1989, p. 56-58) outras quatro que considera necessárias à superação do sistema penal:

- a) Como o problema do desvio e do controle deve ser estudado no contexto da sociedade tardo-capitalista em que está inserido, se faz necessária uma interpretação separada do fenômeno do desvio criminal, conforme este se encontre entre os comportamentos das classes subalternas e das classes dominantes. Ao perceber o desvio criminal próprio das classes subalternas como resposta individual “não política” às contradições que marcam a dinâmica das relações de produção e distribuição no seio da sociedade capitalista e a resposta penal como instrumento inadequado para superar tais contradições, Baratta sustenta a necessidade de constituição de uma política criminal alternativa, que, oposta à política penal circunscrita ao âmbito da função punitiva do Estado, apareça como política de transformação social e institucional, que por sua radicalidade conduza, no limite, à superação das relações sociais de produção capitalistas.

- b) Partindo da consideração do Direito Penal como um direito desigual a segunda estratégia proposta refere-se à ampliação/reforço da tutela penal em relação a áreas essenciais para a vida em comunidade. Este reforço exige que os mecanismos de reação institucional sejam dirigidos para a luta contra a criminalidade econômica, política, organizada, ambiental, etc... Para Baratta, mesmo nestas áreas, a tutela deve ser realizada considerando-se sempre a possibilidade de aplicação de meios alternativos de controle. Paralelamente à essa estratégia de reforço, Baratta considera importante realizar-se um obra de contração ao máximo do sistema penal, através da utilização de estratégias de descriminalização, despenalização e de descarcerização.
- c) Ao considerar o fracasso histórico da instituição carcerária para os fins declarados de controle da criminalidade através da reinserção social do condenado e, paralelamente, as funções reais por ela desempenhadas, Baratta sustenta que uma política criminal alternativa deve buscar como objetivo primordial a abolição desta instituição. A inviabilidade política e cultural imediata de abolição total implica a utilização de estratégias que, em diferentes etapas, conduzam à aproximação de tal objetivo: ampliação do sistema de medidas alternativas, de suspensão condicional da pena, de livramento condicional, do regime de semiliberdade, etc... Além destas medidas sugere um amplo processo de reinserção social dos apenados com a finalidade de limitar as conseqüências estigmatizantes do cárcere em relação a eles.
- d) A política criminal alternativa de Baratta exige a consideração da função exercida pela opinião pública e pelo elemento ideológico nos processos de legitimação/sustentação do direito e do sistema penal. Assim uma política criminal alternativa deve vir acompanhada de uma ampla discussão pública sobre as funções de fato cumpridas pelo sistema penal e sobre seu caráter desigual e fragmentário, na tentativa de inverter-se a hegemonia cultural. Isso implica a superação da "comunicação ideológica", através da qual se sustenta

a hegemonia cultural das classes dominantes e a reprodução das relações de poder existentes, e sua substituição por aquilo que Baratta denomina “comunicação livre de poder”. Se através da comunicação ideológica são reforçados os estereótipos de criminalidade prevalentes, é sustentada a ideologia dominante, própria da Criminologia tradicional, legitimando-se o sistema penal desigual a partir do mito da igualdade e da defesa social¹⁵, através de uma “comunicação livre de poder” Baratta considera ser possível garantir a construção autônoma e emancipatória e, portanto, diferenciada dos problemas sociais por todos aqueles que são portadores de necessidades reais, chegando-se, ao final, à elaboração de respostas que sejam alternativas ao penal.

De todo o exposto, Baratta conclui que

“Em uma política criminal alternativa o momento penal não pode ter senão um papel relativo e, em certos casos, provisório. A relativização do momento penal como técnica de construção e de resolução dos problemas sociais significa, antes de tudo, sua integração em uma perspectiva extrapenal mais complexa de reconstrução dos problemas, tendo em vista uma resposta adequada e orgânica a estes. Esta reconstrução supõe considerar os efeitos nocivos e os custos sociais da pena, avaliados à luz de um sério controle empírico de sua efetividade...” (Baratta, 1997 a, p. 221).

Este é o panorama de reflexão a partir do qual Baratta enuncia os princípios de Direito Penal Mínimo, cuja tarefa prioritária seria a preparação

¹⁵ O melhor exemplo da influência da comunicação ideológica sobre a opinião pública é o relativo aos movimentos de lei e ordem protagonizados, especialmente, pelo mass-media. Em momentos de instabilidade do sistema de poder reforçam a imagem da criminalidade e violência construída pela criminologia etiológica (tradicional) induzindo a um sentimento de insegurança e de alarme social que, ao final, acaba por reforçar o processo de legitimação do sistema penal desigual.

para a transformação do sistema penal até sua completa superação e a contenção da violência com que este manifesta o seu exercício de poder.

2.3 Os princípios de Direito Penal Mínimo - os direitos humanos como limite

Ao estabelecer seus princípios de Direito Penal mínimo, Baratta propõe-se a oferecer uma articulação programática para a idéia de mínima intervenção penal a curto e a médio prazo. Apresenta uma estratégia que baseia-se numa rigorosa afirmação das garantias jurídicas próprias ao Estado de Direito e que possui os direitos humanos como núcleo central. Para ele a afirmação dos direitos humanos representa o núcleo a partir do qual deve ser estruturada qualquer estratégia político-criminal alternativa.

O conceito de direitos humanos assume neste programa uma dupla função: a partir dele são estabelecidos os limites negativos e positivos da intervenção penal. A função limitadora negativa determina que a intervenção realizada pelo sistema penal se dê no restrito respeito aos direitos humanos e a função limitadora positiva orienta a definição do objeto digno de tutela penal, sendo, neste caso, a violação dos direitos humanos condição necessária, mas nem sempre suficiente, para tal intervenção.

O conceito de direitos humanos orienta não só a articulação intra-sistêmica que se faz pela rigorosa afirmação das garantias jurídicas próprias do Estado de Direito, mas sobretudo a articulação extra-sistêmica que representa a necessidade de superação do controle penal. Baratta trabalha com um conceito extra-normativo e, portanto, histórico-social dos direitos humanos. Para ele os direitos humanos representam as necessidades reais dos indivíduos e da coletividade em um dado contexto histórico: tais necessidades são "...as potencialidades de existência e de qualidade de vida

das pessoas, dos grupos e dos povos que correspondem a um determinado grau de desenvolvimento da capacidade de produção material e cultural numa formação econômico-cultural.” (Baratta, 1993, p. 46). Nas sociedades ocidentais contemporâneas identifica dois grupos fundamentais de direitos humanos: num primeiro grupo destaca o direito à vida, à integridade corporal, à liberdade pessoal, à liberdade de opinião, de expressão, os direitos políticos; e, num segundo grupo destaca os direitos econômico-sociais como o direito ao trabalho, à educação, à saúde, etc.

Baratta (1993, p. 47) observa que a história dos povos é a história da contínua violação dos direitos humanos, ou seja, da violação e repressão das necessidades reais dos grupos humanos. Essa violação é representada pela contínua discrepância entre condições potenciais e atuais de vida, ou seja, pela contradição existente entre o grau de desenvolvimento alcançado pelas forças produtivas e as relações de propriedade e poder dominantes na sociedade.

O conceito de violência é relacionado ao de direitos humanos. Aquela é concebida como todo e qualquer ato que limite, suspenda ou reprima qualquer destes direitos. Neste sentido, Baratta trabalha com um conceito de violência ampliado que não reflete a percepção parcial que o fenômeno recebe do sistema de justiça criminal. Para o autor, a violência, enquanto repressão das necessidades reais, possui uma forma genérica em cujo contexto originam-se todas as demais formas de violência. Trata-se da violência estrutural, que se constitui à medida que são negados aos indivíduos ou a determinados grupos de indivíduos a satisfação de suas necessidades reais, ou seja, trata-se da violência que deriva da discrepância entre as condições potenciais e atuais de vida e que aparece como efeito das relações injustas de propriedade e de poder que imperam nas sociedades capitalistas contemporâneas. Este é o contexto de violência em cujo seio costumam se originar formas de violência individual, grupal e institucional.

Ao relacionar o conceito de direitos humanos ao sistema penal, Baratta (1993, p. 46-50) observa que este atua muito mais como um sistema de violação dos direitos humanos do que como um sistema de tutela dos mesmos. Isso ocorre porque o sistema penal percebe o problema da violência de forma parcial, considerando apenas algumas formas de violência individual tomadas como expressões de ações de pessoas individuais e não como expressão de um contexto social conflitivo. A violência estrutural é excluída do horizonte penal, ocupando-se este apenas de uma ínfima parcela da violência presente na sociedade.

Ao se ocupar da violência individual, o sistema penal o faz de forma estruturalmente seletiva, quando não ilegal e arbitrária. Ao administrar somente uma parcela reduzida das infrações praticadas selecionando os comportamentos criminalizáveis e separando-os daqueles que ficarão imunes da atuação da justiça criminal, o sistema costuma reproduzir a lógica presente nas relações de propriedade e de poder vigentes na sociedade. Ao direcionar suas ações contra infrações praticadas pelo segmento mais frágil da população e garantir a imunização das infrações próprias dos grupos dominantes, normalmente mais graves, contribui para a reprodução da violência estrutural. Garante, deste modo, a reprodução das relações econômico-sociais em que a satisfação não só das necessidades, mas também dos privilégios das minorias dominantes se faz à custa da limitação e repressão das necessidades dos demais. Sua atuação seletiva é marcada, portanto, de um lado pela imunização de uns e, de outro, pela repressão, através da utilização de violência física, de outros (grupos ou pessoas) que colocam em risco a estrutura econômico-social por não serem intérpretes dos interesses hegemônicos na sociedade.

Baratta (1993, p. 50-51) observa que mesmo se o sistema penal repartisse igualmente o conjunto de imunizações/criminalizações entre todos

os grupos sociais, concentrando de fato sua intervenção sobre as infrações mais graves, ainda assim seria um instrumento inadequado para a contenção da violência. Isso ocorre porque a resposta penal é sobretudo simbólica e não instrumental. O sistema é incapaz de lidar de fato com a violência porque: a) intervém sempre sobre os efeitos e não sobre as causas da violência, incidindo somente sobre os comportamentos que manifestam os conflitos e não sobre os conflitos mesmos; b) não intervém sobre situações, mas somente sobre as pessoas nelas envolvidas; c) porque a intervenção possui um caráter reativo e não preventivo. Como as consequências da violência não podem ser eliminadas, senão simbolicamente, o sistema penal atua como uma forma institucional de vingança. "...Tal como a vingança ele intervém com a pena, em forma de violência, para compensar simbolicamente um ato de violência já realizado" (Baratta, 1993, p. 51); d) porque o sistema atua de forma atrasada. O atraso no processo de intervenção penal faz com que este incida sobre o acusado num momento em que este já não é o mesmo indivíduo do momento da realização do delito.

Todos estes fatores demonstram que, além de não cumprir com as funções úteis que declara, o sistema penal cumpre com funções reais que não são declaradas. Estes efeitos, contrários aos declarados, contribuem para reproduzir as relações desiguais de propriedade e de poder. Partindo deste ponto de vista Baratta (1993, p. 51) afirma que "... a pena apresenta-se como violência institucional que cumpre a função de um instrumento de reprodução da violência estrutural." Neste sentido, o direito e o sistema penal são vistos não como instrumentos de combate, mas como instrumentos de produção de violência institucional e de reprodução da violência estrutural.

Para Baratta, a luta pela contenção da violência significa, portanto, mais do que a luta pela contenção de algumas formas de violência individual. Conter a violência significa, sobretudo, lutar pela contenção da violência estrutural e, conseqüentemente, pela afirmação dos direitos humanos e da

justiça social. Neste sentido, os princípios de direito penal mínimo representam uma fórmula teórica a partir da qual Baratta considera possível lutar, no espaço intra-sistêmico, pela afirmação das garantias jurídicas do Estado de Direito e pela limitação ao máximo da violência institucional e, no espaço extra-sistêmico, pela superação do modelo punitivo de controle construído pela modernidade cuja funcionalidade representa um dos principais instrumentos de manutenção da estrutura vertical de sociedade que forja e sustenta a violência estrutural. Superar o sistema penal de controle significa, assim, eliminar um dos principais instrumentos de sustentação da violência estrutural que marcam a sociedade capitalista contemporânea.

Ao estabelecer os princípios de Direito Penal mínimo, Baratta os distingue em princípios intra-sistemáticos e extra-sistemáticos. Os primeiros referem-se aos limites e garantias e estabelecem os requisitos para a introdução e/ou manutenção das figuras delitivas na lei. Os segundos se referem aos critérios políticos e metodológicos de descriminalização dos conflitos e dos problemas sociais e à construção de um sistema de resolução de conflitos diverso do penal.

2.3.2. Princípios Intra-sistemáticos

Estes são divididos em três grandes categorias: os princípios de limitação formal; os princípios de limitação funcional; e os princípios de limitação pessoal; cada qual composta de vários princípios.

Os **princípios de limitação formal** enumerados são: a) o princípio da legalidade, do qual derivam todos os demais; b) o princípio da taxatividade; c) o princípio da irretroatividade; d) o princípio do primado da lei substancial; e) princípio da representação popular. Todos referem-se às garantias formais construídas sob a égide do Estado Liberal Moderno em que o poder de punir passou a ser limitado pela lei, e, portanto, legitimado pela legalidade.

Baratta observa que tais princípios representaram, em relação ao sistema punitivo vigente no Antigo Regime, um avanço meramente formal/jurídico que não conduziram a modificações substanciais correlativas. Mesmo sob a égide do Estado de Direito, o sistema punitivo continuou a manifestar-se de forma arbitrária, porque sempre desrespeitou a legalidade instituída. Para o autor, a experiência histórica demonstra não ser possível associar a história da pena e do sistema penal com a história do direito penal. Esta experiência demonstra que sempre existiram e ainda existem sistemas sancionatórios que funcionam à margem da lei e que fazem com que a história do sistema punitivo seja diversa da história do direito penal. Esta realidade funcional demonstra que o princípio da legalidade, assim como os demais princípios do direito penal liberal, sempre se manifestaram e continuam se manifestando como uma instância ideológica de legitimação e não como um princípio orientador do real funcionamento dos sistemas penais. (Baratta, 1986, p. 81).

O desrespeito à legalidade e às demais garantias liberais acentua os níveis de violência institucional do sistema. Neste sentido é que Baratta julga necessário submeter, de fato, toda a violência punitiva ao princípio da legalidade, vinculando-se toda a atuação do sistema punitivo ao controle da lei. Isso significa: que o exercício punitivo deve ficar restrito aos casos previstos em lei como delitos, sendo executado dentro dos limites legalmente estabelecidos; que fica proibida a cominação de penas por outros órgãos diferentes do legislativo; e que qualquer violação a estes limites deve ser tipificada como crime, sofrendo como consequência a pena.

Os princípios de limitação funcional são divididos em oito princípios, sendo eles:

- a) **Princípio da resposta não contingente.** Este princípio exige que a resposta penal apresente-se como resposta aos problemas sociais graves, que

representarem violações a interesses gerais e que sejam duradouros. Trata-se de um princípio que nega o caráter contingente da resposta penal, ou seja, sua aplicação para situações atípicas ou excepcionais. Para Baratta, a adoção deste princípio exigiria amplos e exaustivos debates parlamentares e públicos em torno dos comportamentos cuja criminalização fosse considerada necessária. Do mesmo modo, conduziria a uma drástica contenção da proliferação incontrolada e não planejada das normas penais.

- b) Princípio da proporcionalidade abstrata. Sendo os direitos humanos o núcleo a partir do qual se move a política minimalista de Baratta, para ele somente graves violações a direitos humanos podem ser objeto de tutela penal, sendo esta proporcional ao dano social causado pela conduta violadora de direitos humanos.
- c) Princípio da idoneidade. Este princípio impõe um exame empírico dos efeitos socialmente úteis que se esperam da pena. Esta deve ser mantida somente nas situações em que se comprove a existência de algum efeito útil em relação às situações de grave violação a direitos humanos.
- d) Princípio da subsidiariedade. A pena deve ser aplicada somente nos casos em que fique comprovado não haver outros meios, alternativos ao penal, aptos a responder às situações conflitivas em que o comportamento se manifesta.
- e) Princípio da proporcionalidade concreta - adequação do custo social. A avaliação dos custos sociais da pena não deve ser feita somente se considerando os aspectos econômicos, mas sobretudo a incidência negativa que esta pode ter sobre os indivíduos. Deve-se considerar o custo da medida penal para as pessoas que direta ou indiretamente são afetadas pelo sistema de justiça criminal, levando-se em conta a desigualdade de tais custos em relação à origem social do condenado. Para Baratta, o custo social da intervenção penal em relação ao indivíduo é tanto maior quanto mais baixo o estrato social ao qual este pertence.

- f) Princípio da implementabilidade administrativa da lei penal. Existe uma enorme discrepância entre os programas de ação da lei, derivados dos processos de criminalização primária, e a capacidade estrutural do sistema para efetivar esta programação através dos seus processos de criminalização secundária. A operacionalidade seletiva dos sistemas penais se fundamenta nesta discrepância. Para estancar a seletividade do sistema, Baratta aponta duas alternativas: ou são adequados os recursos administrativos aos programas legislativos, ou, ao contrário, são reduzidos os programas normativos para que se tornem compatíveis com a capacidade operacional do sistema. Para o autor a única alternativa realista é a última.
- g) Princípio do respeito pelas autonomias culturais. Partindo do pressuposto de que o sistema penal funciona como um sistema controlador totalitário que não contempla e, portanto, não aceita as diversidades culturais presentes na sociedade, Baratta considera necessária uma profunda análise sobre este campo do controle social. Para ele uma política criminal alternativa não pode ser indiferente às diversas percepções da realidade, ao conjunto de normas e valores diferenciados que se manifestam em grupos culturais minoritários. Uma tal política deve se pautar pelo respeito às autonomias culturais e pela impossibilidade de criminalizarem-se condutas aceitas como não desviadas em culturas minoritárias. Este princípio se relaciona perfeitamente a uma concepção relacionada à mínima intervenção e a um modelo de sociedade que se pautar não só pela igualdade, mas também pela aceitação e pelo reconhecimento da diferença (antitotalitária);
- h) Princípio da primazia da vítima. Este princípio impõe uma maior consideração pelas necessidades da vítima. O sistema de justiça criminal contemporâneo não toma em consideração, ao estabelecer seus programas e seus objetivos, o interesse da vítima. Para Baratta, não se justifica a pretensão de um sistema penal em tutelar bens que extrapolem os interesses da vítima. Neste

sentido, considera válida a observância do princípio da primazia da vítima, pois através dele podem-se buscar a descriminalização dos conflitos, substituindo-se o sistema de sanções punitivas pelas sanções restitutivas.

Os **princípios de limitação pessoal** formulados por Baratta são os seguintes: a) princípio da personalidade; b) princípio da responsabilidade pelo fato e; c) princípio da exigibilidade do comportamento conforme a lei.

O princípio da personalidade exclui toda espécie de responsabilidade objetiva ou por fato de outro exigindo, deste modo, que a sanção prevista nos casos de violações a direitos humanos seja aplicável somente quando tal violação derivar de um comportamento voluntário do agente e que ela não passe da pessoa do condenado.

O princípio da responsabilidade pelo fato propõe o banimento da modalidade direito penal do autor, propondo somente a manutenção do direito penal do fato. Com isso busca eliminar a responsabilidade que tem por base caracteres pessoais do acusado, substituindo-a por uma espécie de responsabilidade fundada exclusivamente nas características do comportamento punível.

O princípio da exigibilidade do comportamento conforme a lei propõe uma redefinição do conceito de culpabilidade e a definição de requisitos normativos rígidos para sua averiguação judicial. Esses requisitos definiriam: a) as causas de não exigibilidade social do comportamento conforme a norma e os critérios para sua verificação em relação ao contexto em que a ação ocorre; b) os critérios para avaliação do espaço de alternativas disponíveis para o sujeito. Nos dois casos, quando da elaboração dos critérios, devem ser consideradas as desiguais possibilidades de alternativas de comportamento. Para Baratta, os diferentes espaços de alternativas dependem das desiguais condições socioeconômicas e culturais dos sujeitos.

2.3.3 Os princípios extra-sistemáticos

Os princípios extra-sistemáticos são separados em duas grandes categorias. Em ambas são estabelecidas estratégias que se colocam no exterior do sistema: na primeira categoria os princípios referem-se à descriminalização e, na segunda, são estabelecidos princípios metodológicos que se referem à construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais.

Na primeira categoria encontram-se **os princípios extra-sistemáticos de descriminalização** que funcionam como estratégias de descriminalização e que pressupõem a eliminação parcial ou total de figuras delitivas. Nela encontram-se os seguintes princípios:

- a) Princípio da não intervenção útil – através do qual se busca assegurar o mais amplo espaço de liberdade e de respeito à diversidade dentro dos grupos sociais. Trata-se de um princípio que complementa – em nível extra-sistêmico - o princípio intra-sistêmico do respeito pelas autonomias culturais. Através dele se busca garantir que o processo de descriminalização de comportamentos não venha acompanhado pelo fortalecimento e pela utilização de outras formas de controle não penais que neguem, do mesmo modo que o controle penal totalitário, o direito à diversidade cultural e à autonomia dos indivíduos;
- b) O princípio da privatização dos conflitos estabelece uma estratégia de reapropriação dos conflitos por parte das vítimas ou dos interessados substituindo-se a intervenção penal por formas de direito restitutivo e de acordos entre as partes. Trata-se de um princípio que considera a vítima fazendo com que ela retome seu papel no processo de resolução dos conflitos.

- c) O princípio de politização dos conflitos é elaborado a partir da consideração de uma característica fundamental dos sistemas penais. Baratta observa que estes, por não se dirigirem às causas mas somente às manifestações dos conflitos e por terem como objeto somente os comportamentos das pessoas envolvidas e não as situações conflitivas propriamente ditas, não resolvem os conflitos, mas apenas os reprimem. Para reprimir os conflitos, o sistema os reconstitui apenas parcialmente, em nível técnico e processual, negando a dimensão política que possuem. Para o autor, apenas ao se reconstituir a dimensão política às situações conflitivas é que se chegará, de fato, ao núcleo, à raiz dos principais problemas sociais. Em âmbitos como o da criminalidade organizada, econômica, de corrupção administrativa, de segurança do trabalho e do trânsito, que são âmbitos propriamente políticos por estarem relacionados com a atividade dos órgãos de representação política, esta retomada é de fundamental importância. Devolver aos conflitos sua dimensão política significa estabelecer ou criar espaço para o controle e a participação popular na gestão dos principais problemas e contradições do sistema político.
- d) O princípio de preservação das garantias formais é complementar ao princípio da privatização dos conflitos. Através dele busca-se assegurar a manutenção de todas as garantias formais (jurídicas) mesmo nas situações em que os conflitos forem resolvidos através da utilização de instrumentos de controle não penais. Trata-se de um princípio que busca enfrentar a principal crítica que incide sobre as políticas descriminalizadoras: a de que a transferência do controle penal para outras áreas de controle social, institucional ou comunitário reduziria o nível de garantias dos indivíduos envolvidos. Para Baratta, a transferência das garantias formais para quaisquer áreas de controle extra-penal, desde que efetivadas, poderia assegurar aos indivíduos o mesmo nível de garantias jurídicas próprias do Estado de Direito e que no âmbito do direito penal e do sistema penal não encontram efetividade real.

A segunda categoria de princípios extra-sistemáticos elaborados por Baratta são **os princípios metodológicos de construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais**. Estes pressupõem, a seu ver, uma “liberação da imaginação sociológica e política em relação a uma cultura do penal que colonizou amplamente o modo de perceber e de construir os conflitos e os problemas sociais em uma sociedade.” (Baratta, 1987 a, p. 645). São princípios que buscam reinterpretar os conceitos de criminalidade e de pena propondo uma nova percepção e uma nova atitude em relação aos conflitos e aos problemas sociais.

O primeiro princípio extra-sistemático de construção alternativa dos conflitos é o Princípio da subtração metodológica dos conceitos de criminalidade e de pena. Trata-se de um princípio que propõe a subtração hipotética dos conceitos de crime e pena para que, através dela, se avalie como os conflitos e problemas sociais poderiam ser construídos de forma alternativa. Através dela poderiam ser construídas alternativas para a interpretação dos conflitos e para as respostas punitivas que historicamente a eles se dão.

O segundo princípio enunciado é o da especificação dos conflitos e dos problemas sociais. Diante da heterogeneidade dos problemas sociais e da ineficácia da resposta penal que é sempre homogênea, através do princípio de especificação dos conflitos se propõe um reagrupamento dos principais problemas sociais em áreas comuns, que seja mais coerente e que conduza à busca de respostas diferenciadas e mais adequadas à natureza destes conflitos do que resposta repressiva tradicionalmente utilizada pelo sistema de justiça criminal.

O terceiro princípio enunciado é o Princípio geral da prevenção. Trata-se de um dos mais importantes princípios extra-sistemáticos elaborados por Baratta, pois oferece indicações políticas fundamentais para uma estratégia de

superação do controle penal. A aplicação de um princípio geral de prevenção significa uma estratégia de contenção da violência a partir do controle de sua forma geral, que é a violência estrutural. Esse controle implica na substituição das estratégias repressivas, próprias do controle penal, por estratégias preventivas que respondam não só aos conflitos mas, sobretudo, às situações complexas em que estes se produzem. Neste sentido, uma política preventiva é sempre externa ao sistema penal porque deve ser uma política de justiça social, de realização dos direitos humanos e de satisfação das necessidades reais, apta a modificar as condições de violência estrutural em que os conflitos se desenvolvem.

Para Baratta, uma política preventiva só produzirá resultados se for externa ao sistema penal. Por atuar repressivamente, respondendo aos conflitos no lugar em que eles se manifestam dentro do contexto social, que nem sempre corresponde ao lugar em que estes efetivamente se produzem, o sistema penal não está apto para realizar a defesa dos direitos humanos. Sua atuação incide sobre os efeitos e não sobre as causas dos conflitos. Neste sentido, uma política preventiva é aquela que previne a ocorrência dos conflitos a partir da erradicação das suas causas e não da repressão dos seus efeitos.

O quarto e último princípio extra-sistemático de construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais é o Princípio da articulação autônoma dos conflitos e das necessidades reais. Este é o princípio extra-sistemático considerado por Baratta como o mais importante. Segundo ele, o sistema penal ao atuar, definindo os problemas e os conflitos que serão objeto de sua intervenção, realiza uma espécie de expropriação ideológica dos conflitos sociais, impedindo os sujeitos de perceberem a real dimensão dos conflitos em que se encontram envolvidos.

A articulação autônoma dos conflitos requer que os indivíduos abandonem o pólo passivo e passem a atuar como sujeitos ativos na definição

dos conflitos de que fazem parte e na escolha de respostas alternativas para sua resolução, que sejam compatíveis com a afirmação de suas necessidades reais. Neste sentido a articulação autônoma permite uma melhor compreensão e consciência dos conflitos, das necessidades reais e, através de uma comunicação livre de poder, permite a construção democrática de respostas mais adequadas aos problemas sociais.

2.4 O Direito Penal da Constituição na perspectiva Minimalista de Baratta

Não obstante persistam, no pensamento de Baratta, os fundamentos de seu modelo minimalista, elaborados a partir dos resultados alcançados pela Criminologia Crítica e seu modelo peculiar de racionalidade - a razão crítica - pode-se identificar, na década de 90, uma mudança de perspectiva no pensamento do autor no que tange a idéia de sustentação de um residual e subsidiário Direito Penal Mínimo, ou de um Direito Penal da Constituição, como parte integrante de uma política integral de defesa dos direitos humanos.

A mudança de perspectiva deriva, sobretudo, da clara adoção de um pensamento contextual, que reconhece e acata a circularidade constitutiva do conhecimento e a validade apenas situacional do saber e dos valores, em detrimento de um pensamento fundamentalista, que se constitui a partir da aceitação da existência de verdades absolutas e de valores universais. Neste sentido, o próprio Baratta acentua que o discurso mais adequado é aquele que reconhece a validade apenas relativa dos resultados cognitivos da auto-reflexão e que se desenvolve no contexto de uma determinada situação histórico social. (Baratta, 1994, p. 126).

Partindo desta premissa é que se pode observar que a reflexão desenvolvida por Baratta, a partir da segunda metade da década de 90, e expressa sobretudo nos textos "La política criminal y el Derecho Penal de la

Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales” e “O Estado Mestiço e a cidadania plural: reflexões para uma teoria mundana da aliança”, recoloca a questão do lugar a ser ocupado pelo direito penal e pela política criminal no horizonte de uma política integral de defesa dos direitos fundamentais e de satisfação das necessidades humanas.

Partindo de uma análise crítica do pacto social moderno e da ineficiência de suas promessas, e do lugar nele ocupado pela política criminal e pelo Direito Penal no sentido da reprodução das diversas formas de violência, Baratta propõe alguns elementos que considera fundamentais para um projeto de superação da “crise da modernidade”. (Baratta, 1995, p. 123).

Baratta observa que o Estado e o Direito moderno foram gestados a partir de um modelo hipotético racional de fundação: o pacto social. A partir dele, o pensamento moderno atribui ao Estado e ao Direito o papel de instrumentos para a contenção da guerra e para o controle institucional dos conflitos políticos e sociais, trazendo em seu bojo uma promessa de segurança para todos os cidadãos, promessa esta que constitui seu marco de legitimação (Baratta, 2000, p. 38). Neste sentido, a condição de eficácia do pacto moderno está na eliminação da violência através do monopólio legítimo da força por parte do Estado.

Ele acentua, contudo, que a experiência histórica evidencia a ineficiência do pacto social e a inadimplência quanto as promessas declaradas pelo pensamento da modernidade. Esta ineficiência, que também é refletida sob a forma de crise do pensamento moderno, suas verdades e seus valores, é derivada de dois elementos principais:

- a) Da contradição existente entre violência e direito. Tal contradição consiste basicamente no papel de ocultação que o direito tem em relação à violência. Neste sentido, acentua Baratta (1995, p. 123), “O direito e o Estado (....) eram

destinados ao controle e à superação da violência, mas neles a violência é imanente e se reproduz.” . Através desta ocultação se produz a ambivalência fundamental da modernidade pois, se “... o Estado moderno e o seu direito se legitimaram como remédio contra a violência...” também permitiram, com este remédio a perpetuação da violência como “... verdadeiro tecido conector da sociedade, sem conseguir neutralizá-la, nem tampouco monopolizá-la... “ permitindo, com isso, a reprodução da “... violência como a substância das relações jurídicas.” (Baratta, 1995, p. 123);

- b) Do fato de o pacto social moderno ter sido altamente seletivo e excludente. Trata-se, nas palavras de Baratta (1995, p. 124) de um “... pactum ad excludendum, de um pacto entre uma minoria de iguais, que exclui da cidadania todos os que são distintos: um pacto entre proprietários, brancos, homens e adultos para excluir e dominar indivíduos pertencentes a outras etnias, mulheres, crianças e pobres”. Esse pacto estabelecido consolidou desigualdades e a violência, entendida esta em seu conceito geral, como repressão de necessidades reais.

Neste sentido, acentua que

“...o resultado histórico (...) é que o direito moderno, com o intuito de conter a violência, acabou por ocultá-la, excluindo do pacto os sujeitos frágeis, fazendo juridicamente invisíveis a desigualdade e a violência estrutural na sociedade “. Através dele “... o poder punitivo continua revelando-se como um veneno que alimenta a violência do Estado e da sociedade. A interrelação entre conflitividade social e política e o processo institucional e informal de criminalização, entre desigualdade e repressão, entre violência estrutural e violência penal, é uma constante na história da sociedade moderna”. (Baratta, 2000, p. 38).

Como proposta de alternativa à crise do pacto moderno e de suas promessas, Baratta propõe uma revisão das categorias conceituais com as quais

foram fundados o Estado e o Direito modernos. Neste sentido, sugere uma abordagem que leve em conta as vítimas ou os excluídos do contrato e que substitua a idéia de contrato por um novo projeto centrado na idéia de aliança.

A aliança expressa um projeto político comprometido com a reformulação do pacto social moderno, a partir da inclusão de todas as suas vítimas, os excluídos do contrato, e capaz de restaurar o compromisso dos homens com a natureza. Neste sentido, o projeto de aliança impõe a fundação de um Estado que se oriente "... por todas as distintas cidadanias, pelas experiências, projetos, visões de mundo..." através das quais as diferenças de cada um possam ser expressas. Trata-se, na perspectiva de Baratta (1995, p. 125) da constituição de "um Estado mestiço, um Estado da cidadania plural no qual não há mais estrangeiros e outros, vítimas e excluídos".

O caminho para a aliança, através da qual se pode garantir a inclusão dos excluídos, passa pela luta política pacífica, pela interpretação e aplicação dinâmica das Constituições, por políticas de desenvolvimento social e de proteção integral de todos os direitos, que conduzam a formas mais avançadas de desenvolvimento humano. (Baratta, 2000, p. 40).

Partindo da premissa de que o pacto social moderno não cumpriu com suas promessas, no que tange a garantia efetiva de segurança dos cidadãos frente a todos os direitos fundamentais, e do fato de que neste momento histórico, marcado pelo aumento da conflitividade social e política, as respostas institucionais à crise situam-se, em larga medida, no campo do eficientismo¹⁶

¹⁶ O pensamento eficientista é descrito por Baratta (2000, p. 41) como o pensamento que, por não perceber a ineficácia da reação penal a determinados problemas, busca fazer mais eficaz e rápida a resposta punitiva, especialmente nas situações de maior polarização, desequilíbrio e conflitividade sociais. Nesse sentido, tal pensamento concorda inclusive com a supressão de garantias substanciais e processuais estabelecidas pela tradição penal liberal, e tolera também a redução dos níveis de legalidade. Trata-se, na ótica de Baratta, de um pensamento que desliza para um modelo totalitário de política criminal: "com a pretensão de aumentar a eficácia do sistema penal, o eficientismo está sempre disposto a fazer concessões em relação às garantias individuais e aos princípios de limitação do poder punitivo, que constituem o principal indicativo da normalidade do sistema penal." (Baratta, 2000, p. 43)

penal e da criminalização da política social, Baratta propõe uma reflexão sobre o lugar que política criminal e o direito penal poderiam ocupar num processo de reformulação do pacto social, na perspectiva da aliança.

Neste sentido, observa que (Baratta, 2000, p. 39)

"A utopia concreta da aliança das vítimas da modernidade e de uma reformulação do pacto social que garanta a inclusão dos excluídos, indica a necessidade de caminhar para um processo político de dimensões planetárias que conduza, para além dos limites do pacto social moderno, a formas mais elevadas de desenvolvimento humano..."

A reformulação do pacto moderno no sentido do desenvolvimento humano impõe uma reformulação do pensamento punitivo e da política criminal, enquanto instrumentos de enfrentamento das situações conflituosas e problemáticas. Neste sentido, acentua a necessidade de se adotarem estratégias que, situadas no campo da interdisciplinaridade externa, permitam o encontro entre saberes e comunidades científicas diversas capazes de contribuir para, a partir da confrontação, colaboração e troca de experiências entre eles, o surgimento de um "sujeito coletivo", cuja tarefa precípua seria a de indicar estratégias para o controle das situações socialmente negativas e problemáticas. A estrutura deste "sujeito coletivo" corresponderia a especificidade dos problemas, as diversas estruturas de investigação e de agências responsáveis pelo enfrentamento das situações problemáticas. (Baratta, 2000, p. 44). Trata-se, nas palavras de Baratta "de passar do simples ao complexo, do único ao múltiplo."

O modelo multidisciplinar proposto por Baratta não fixa, portanto, um rígido limite entre a ciência do direito penal, a política criminal e os outros campos de saber no que tange ao combate das situações problemáticas. O objetivo do "sujeito coletivo" seria a elaboração de um conjunto de estratégias de proteção dos direitos fundamentais, que se daria através da coordenação de ações

preventivas ou reativas, e nele, a política do direito penal poderia ocupar um espaço meramente subsidiário, quando considerado inevitável. O resultado disso, acentua Baratta (2000, p. 45-46), é que

“... para certas áreas problemáticas a convocatória aos locais de trabalho multidisciplinares dever-se-á estender também às disciplinas e às instâncias da justiça penal. Se delinea, assim, a perspectiva científica e política de uma busca (...) de novas reconstruções e de novas modalidades de intervenção pública em relação às situações problemáticas ou socialmente negativas. Nesta perspectiva, o princípio da subsidiariedade penal é válido não somente normativamente, mas também como critério da metodologia multidisciplinar. O ônus da prova, em caso de controvérsia em um dos *atelier*, está a cargo de quem sustenta a necessidade do componente penal.”

A idéia de formação deste “sujeito coletivo” expressa, portanto, a necessidade de se constituírem lugares de trabalho multidisciplinares para responder às demandas sociais de proteção de direitos. Neles o direito penal mínimo, constituído a partir do referencial Constitucional, representa apenas um espaço residual de intervenção nos casos de graves violações de direitos fundamentais, em que sua utilização seja considerada absolutamente necessária. (Baratta, 2000, p. 46).

A consolidação de um projeto deste tipo pressupõe, na ótica do autor, um esforço coletivo dirigido à emancipação da atuação política da “cultura do penal”. Este esforço deveria ser orientado por uma radical leitura das necessidades humanas e das situações de risco por que passam os direitos fundamentais. Nesse sentido, observa que

“Não se trata somente de desenhar um direito penal da Constituição, mas de redefinir a política pública, a luz do projeto constitucional, como política de exercício efetivo e de proteção integral dos direitos fundamentais. A tarefa que deveríamos cumprir, tem como objetivo garantir autonomia e

centralidade a todos os direitos fundamentais que estão em jogo (....) colocando (....) entre parênteses e esquecendo por certo tempo, por puras finalidades metodológicas, a importância de sua proteção penal. Poderíamos assumir, entretanto, que uma política de justiça social e de igualdade, pode ter um efeito positivo sobre o controle da criminalidade e os processos de criminalização independentemente da intervenção penal." (Baratta, 2000, p. 45).

Na perspectiva proposta, portanto, "o direito penal mínimo, o direito penal da Constituição, não é somente um programa de um direito mais justo e mais eficaz, mas é também um programa de justiça social e de pacificação dos conflitos." (Baratta, 2000, p. 43). A questão central está no estabelecimento de uma política efetiva de proteção integral dos direitos fundamentais. Se esses direitos forem assegurados para o conjunto dos diferentes sujeitos sociais então é possível projetar um direito penal mínimo como "espaço residual da intervenção punitiva" em situações de profunda violação dos direitos fundamentais, por exemplo. Assim, rompe-se a dicotomia entre política de direitos humanos e de direito penal. A afirmação de políticas de proteção integral dos direitos em lugar da política criminal transforma o direito penal como parte daquela e como tal a ela subordinada.

A criminalização dos conflitos sociais sustenta e reproduz as políticas criminais como realidades autônomas. São os obstáculos estruturais da ordem social contemporânea que impedem a efetiva realização dos direitos fundamentais. Essa exclusão é a fonte permanente dos conflitos sociais, para os quais a sociedade responde com a ampliação das políticas criminais. A radicalidade com que Baratta se apropria desse processo aponta para uma perspectiva de emancipação do homem. Nas suas próprias palavras, "o direito de controlar e a influir sobre as condições das quais depende, concretamente, a existência de cada um" (Baratta, 2000, p. 48).

Capítulo III

O MODELO MINIMALISTA DE LUIGI FERRAJOLLI

Luigi Ferrajoli desenvolve sua teoria minimalista, também denominada garantista, a partir de uma concepção política de base liberal, expressa na idéia da centralidade da pessoa humana, e de uma concepção jurídica que tem o positivismo jurídico como matriz teórica. Sua análise estrutura-se a partir de duas perspectivas distintas: um enfoque extra-sistêmico e um intra-sistêmico. O enfoque extra-sistêmico é relativo não a parâmetros macroestruturais de base sociológica, mas a parâmetros extra ou meta jurídicos (ético-políticos), relativos aos fins atribuíveis às penas e capazes de oferecer legitimidade ao controle punitivo. O enfoque intra-sistêmico refere-se aos níveis de legitimidade interna do sistema normativo, avaliado a partir dos níveis de coerência ou de incoerência entre os diversos planos de sua estrutura.

A proposta teórica apresentada por Ferrajoli não apresenta, portanto, uma análise macroestrutural do controle punitivo e, neste sentido, não avança em relação às concepções criminológicas liberais. Não obstante isso é construída a partir da constatação de que a atuação dos sistemas punitivos tem sido marcada pela crescente violação do princípio da legalidade, enquanto princípio de limitação formal e substancial do poder proibitivo e punitivo estatal. Neste sentido, reforça a existência de uma profunda e crescente "crise do direito" enquanto sistema artificial de garantias destinado à tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos.

3.1. Os fundamentos ético-políticos do controle punitivo – o enfoque extra-sistêmico.

Em que se baseia o direito de castigar? Como se justifica o exercício da violência organizada, que é a pena? São estas questões, clássicas para a filosofia do direito, que orientam a reflexão de Ferrajoli e a partir das quais o autor busca construir um novo fundamento ético-político legitimador da intervenção punitiva Estatal.

Partindo da negação das teses abolicionistas e justificacionistas tradicionais que representam, respectivamente, respostas que não reconhecem qualquer espécie de justificação ao direito penal e respostas que justificam a intervenção punitiva a partir de uma suposta funcionalidade moral (retribucionismo) ou social (utilitarismo clássico), Ferrajoli (1995, p. 209), que define o direito penal como uma técnica de definição, comprovação e repressão do desvio, constrói uma doutrina de justificação, que denomina “utilitarismo penal reformado”, apta a fundar, em contraste com os modelos de direito penal máximos ou autoritários e com os modelos abolicionistas, um modelo intermediário, de direito penal mínimo, mais garantidor e, portanto, mais legítimo.

Na busca de uma justificação para o direito e o sistema penal, analisa, desde uma perspectiva ético-política e também jurídica, as condições de admissibilidade, os fundamentos, os fins e a forma das proibições e das penas.

3.1.1. A crítica ao justificacionismo e ao abolicionismo

A construção do modelo minimalista de controle penal de Ferrajoli parte de uma crítica epistemológica ao justificacionismo e ao abolicionismo penal. Tanto o abolicionismo quanto o justificacionismo penal são apresentados como teses que não oferecem respostas adequadas para a pergunta relativa ao “por que castigar?”. A inadequação destas respostas se deve ao fato de que, para Ferrajoli,

ambas são teses que confundem os diversos significados que podem ser associados a questão relativa ao por que castigar e ao fazerem isso se transformam em teses ideológicas. (Ferrajoli, 1978, p. 26)

Partindo destas considerações, afirma ser tarefa preliminar para qualquer análise filosófica que pretenda justificar ou negar justificativa ao direito penal a partir dos fins, aclarar os diversos "estatutos epistemológicos" relativos à pergunta "por que castigar?" e às respostas que a ela se constroem. É preciso realizar, segundo o autor, duas ordens de distinções: a primeira é relativa aos possíveis significados da pergunta; e a segunda é relativa aos níveis de discurso em que se situam as respostas. (Ferrajoli, 1978, p. 26)

Ao analisar os possíveis significados da pergunta "por que castigar?", observa que ela pode ser entendida em dois sentidos diferenciados: "por que existe a pena? Por que se castiga de fato e de direito?" ou "por que deve existir a pena ou por que se deve castigar?". No primeiro sentido a questão admite respostas empíricas de caráter historiográfico e sociológico, que se situam no plano do ser fático, ou respostas jurídicas que se constroem a partir do que descrevem as normas de direito positivo. Ambas as perguntas admitem respostas que podem ser expressas mediante a utilização de proposições meramente descritivas. No segundo sentido a questão expressa um problema de ordem filosófica/axiológica, que se situa no plano do dever ser, admitindo somente respostas ético-políticas expressas através de proposições normativas ou prescritivas. (Ferrajoli, 1978, p. 26-27).

Ao referir-se aos níveis em que se situam as possíveis respostas relativas à questão "por que castigar?" Ferrajoli (1978, p. 26) emprega duas palavras distintas para designar as diferentes respostas. De um lado, denomina teoria ou explicações jurídicas as respostas que se referem às motivações jurídicas da pena e teorias ou explicações sociológicas as respostas que versam sobre as funções que ela de fato cumpre em uma determinada realidade. De outro, denomina

doutrinas axiológicas ou de justificação, as respostas que se referem aos fins que a pena deve perseguir.

Partindo destas distinções, que se colocam ao nível das perguntas e das respostas, Ferrajoli sustenta que o principal vício em que recaem tanto as teses justificacionistas tradicionais quanto as abolicionistas reside justamente no seu não reconhecimento. As teses justificacionistas historicamente construídas pelo pensamento penal confundem os campos do ser com o do dever ser da pena, descrevendo, de um lado, o dever ser como ser, apresentando as doutrinas de justificação como teorias ou explicações ou, de outro, o ser como dever ser, apresentando as explicações como justificações. (Ferrajoli, 1978, p. 27).

Para Ferrajoli, as teses, construídas pelo pensamento penal como teorias da pena, tradicionalmente divididas em duas grandes categorias: as denominadas teorias absolutas e teorias relativas, são apenas doutrinas filosóficas de justificação. Não obstante isso estas são apresentadas como teorias da pena, ou seja, como teorias que explicam o funcionamento efetivo do sistema penal. São doutrinas que sugerem a idéia de que a pena possui uma função retributiva (teorias absolutas), de prevenção geral (teorias relativas de prevenção geral), de ressocialização (teorias relativas de prevenção especial). Antes de afirmar que a pena deve possuir uma tal finalidade sustentam que ela de fato cumpre esta finalidade, expressando através de proposições descritivas o que são meras proposições normativas.

Do mesmo modo, Ferrajoli (1978, p. 27) observa que as teorias sociológicas da pena, que apresentam a funcionalidade real da pena como doutrina de justificação, ou seja, que afirmam que os fins da pena devem ser aqueles que podem ser verificados empiricamente, afirmando que a pena deve ser aflagrante, deve estigmatizar, deve neutralizar..., incorrem no mesmo vício das doutrinas justificacionistas. Enquanto estas apresentam o "dever ser" como "ser", descrevendo com proposições descritivas o que são meras proposições

normativas, aquelas incorrem em falácias naturalistas pois apresentam o "ser" como "dever ser", ou seja, descrevem como proposições normativas o que são explicações sociológicas.

Todas as doutrinas (normativas) e teorias (explicativas) que incorrem na confusão entre ser e dever ser indicadas são apresentadas como "Ideologias". Neste sentido é que Ferrajoli afirma que ideologia é

"... toda tese ou conjunto de teses que confunde entre <dever ser> e <ser> (ou entre proposições normativas e proposições assertivas), contrariando assim o princípio metalógico conhecido com o nome de <Lei de Hume> , segundo o qual não se podem derivar logicamente conclusões prescritivas ou morais de premissas descritivas ou fáticas, nem vice-versa. "(Ferrajoli, 1978, p.27).

Partindo do pressuposto metalógico oferecido pela lei de Hume, Ferrajoli sustenta que as teorias explicativas não podem ser confirmadas ou negadas a partir de argumentos normativos relativos a juízos de valor e, do mesmo modo, que as doutrinas normativas não podem ser refutadas a partir de argumentos fáticos extraídos da observação empírica. Neste sentido, observa que as teses abolicionistas violam este princípio metodológico, uma vez que contestam o fundamento axiológico das penas a partir de argumentos descritivos, construídos a partir da constatação da não satisfação empírica dos fins atribuídos ética ou normativamente à pena. Para ele tais doutrinas, por utilizarem-se do referencial empírico descritivo, desacreditam qualquer possibilidade de justificação para a pena e para o direito penal.

Para Ferrajoli as doutrinas abolicionistas, apesar de claramente marcadas por uma falácia de tipo naturalista à medida que desacreditam o dever-ser das penas (fins) em razão do seu ser efetivo (funções), são pertinentes somente quando afirmam não só a não realização mas a própria irrealizabilidade daqueles fins. Não obstante isso, sustenta sua crítica em relação às posturas abolicionistas,

afirmando que estas são falaciosas a medida que contestam o fundamento axiológico das doutrinas de justificação, negando qualquer legitimidade à pena e ao controle penal, justamente a partir do argumento de que “a pena não satisfaz em concreto os fins a ela atribuídos”. Neste sentido afirma que as doutrinas de justificação do direito penal não podem ser criticadas somente porque o fim justificador por elas indicado não resulte empiricamente satisfeito. (Ferrajoli, 1978, pp. 28 e 29).

“A tese de que tal fim não seja realizado, ainda que seja realizável, é uma crítica que deve dirigir-se ao direito penal e não à doutrina normativa de justificação, quer dizer, deve dirigir-se contra as práticas punitivas – legislativas e judiciais – enquanto estas desatendem os fins que as justificam, porém não aos seus modelos justificadores” (Ferrajoli, 1978, p. 29).

Partindo destas considerações realiza uma segunda distinção que se relaciona com os diferentes níveis de discursos relativos à justificação: denomina doutrinas de justificação os discursos orientados à construção de argumentos ético-políticos dirigidos à aceitação dos meios penais em relação aos fins por eles realizáveis e justificações os discursos que estabelecem argumentos destinados a assegurar a aceitação do direito penal e das penas enquanto instrumentos aptos ou funcionais para a realização daqueles fins justificadores. Observa que as doutrinas de justificação são apresentadas, usualmente, como justificações, fazendo com que estas sejam apriorísticas, no sentido de que apresentam as penas e os ordenamentos penais concretos como realizadores dos fins indicados pelas doutrinas de justificação, sem qualquer verificação da real correspondência entre fins justificadores e as funções efetivamente realizadas por eles. (Ferrajoli, 1978, p. 30).

Por refutar este tipo de justificação apriorística, que representará apenas uma ideologia normativista à medida que não reflita a real funcionalidade do sistema, é que Ferrajoli sustenta a tese de que as justificações só podem ser

construídas *a posteriori* ficando condicionadas à efetiva correspondência entre fins justificadores e funções empiricamente constatadas. Neste sentido afirma que

"... as justificações da pena devem consistir, para não se verem degradadas em operações de legitimação apriorística e, portanto, ideológicas, em justificações relativas e condicionadas (...) serão justificações *a posteriori*, parciais e contingentes, na medida em que forem em cada caso o produto da comprovação de um grau de realização satisfatório do bem extra-jurídico assumido como fim e da ponderação deste com os meios penais justificados." (Ferrajoli, 1995, p. 328).

Não obstante isso, observa que a não justificação em concreto de um ou de outro ordenamento ou sistema penal, ou de uma pena, não constitui razão suficiente para refutar a doutrina de justificação que a respalda e nem para fundar uma doutrina abolicionista de todo e qualquer controle penal, devendo a mesma respaldar somente a não justificação ou abolição daquele concreto ordenamento ou daquela pena.

3.1.2. A doutrina de justificação do controle penal mínimo

Partindo destas considerações de ordem epistemológica fundadas no postulado expresso por Hume, segundo o qual não podem ser deduzidas proposições descritivas de enunciados normativos e nem enunciados normativos de proposições descritivas, bem como da contestação das teses justificacionistas e abolicionistas, acusadas de estarem viciadas por falácias (ideologias) normativistas ou naturalistas, Ferrajoli preocupa-se com a elaboração de um modelo de justificação da pena que esteja apto a fugir destas falácias, conduzindo à superação de qualquer forma de "justificação apriorística", assim como para fundar um modelo mínimo de intervenção punitiva construído a partir da afirmação incondicional dos direitos humanos. (Ferrajoli, 1978, p. 30).

Para ele uma doutrina de justificação deve ser apta não tanto para justificar aprioristicamente as penas e o sistema penal, mas sim "...para indicar as condições em presença das quais o direito penal está justificado e em ausência das quais não pode está-lo" (Ferrajoli, 1978, p.31) constituindo-se, deste modo, como um modelo apto a fundar, em razão de seu caráter relativo e condicionado, não só justificações, mas também não justificações das penas e dos sistemas penais.

Para construir seu modelo de justificação, Ferrajoli estipula dois requisitos metaéticos (Ferrajoli, 1995, 326) que considera fundamentais: a) o primeiro deles está relacionado com a valoração dos fins justificadores da "intervenção penal" e dos meios (penas) a serem justificados. Esta valoração deve ser construída a partir da aceitação do postulado jurídico-positivo da completa separação entre direito e moral, no sentido de que o delito não seja reconhecido como um "mal em si" e nem a pena como "um bem em si". O fim justificador da pena deve ser reconhecido como um bem extrajurídico socialmente compartilhado, não como um bem em si, mas como um bem que carece de uma justificação ético-política para ser digno de tutela penal, e a pena, enquanto instrumento jurídico, não pode ser reconhecida como um bem, mas como um mal que, precisamente por isso, precisa ser justificada¹⁶; b) o segundo requisito diz respeito às relações entre os fins (bens extrajurídicos buscados) e os meios penais. Ao se referir a esta relação, Ferrajoli observa que uma doutrina de justificação consistente é aquela que garante a congruência entre fins e meios, no sentido de que aqueles possam ser empiricamente alcançados através da utilização destes, e também a homogeneidade entre ambos, no sentido de que o mal da pena represente sempre

¹⁶ Segundo Ferrajoli, tanto as doutrinas retribucionistas quanto as relativas à prevenção positiva não cumprem com este primeiro requisito. Isso porque são doutrinas que não reconhecem a pena um fim extrapunitivo concebendo-a como um fim em si mesmo. São doutrinas que têm em sua base uma confusão entre direito e moral, transformando-se em doutrinas eticistas. As retribucionistas porque concebem a pena como retribuição ética ou jurídica justificando-a "pela necessidade de reintegrar com uma violência oposta ao delito o direito violado, concebido como valor moral ou substância ética" e as correcionalistas porque "concebem o delito como enfermidade moral ou natural e a pena como medicina da alma ou tratamento terapêutico". (Ferrajoli, 1995, p. 330).

um custo menor do que o derivado da lesão do bem, cuja tutela representa o fim.¹⁷

Estabelecidos tais requisitos, Ferrajoli incumbe-se da tarefa de construir um modelo de justificação do controle penal cuja base ético/política seja um "utilitarismo penal reformado". A necessidade de propor um novo modelo utilitário decorre do fato de ele reconhecer que o utilitarismo penal, construído a partir do parâmetro Benthamiano/ Beccariano da "máxima felicidade dividida entre o maior número", padece do defeito de conduzir a modelos de controle excessivamente fortes e ilimitadamente severos.

Neste sentido, Ferrajoli observa que "a assimetria entre fins justificadores que interessam aos não desviados e meios justificados que lesionam o interesse dos desviados faz com (...) que nas doutrinas da prevenção negativa sejam incomensuráveis os meios dispostos e os fins perseguidos e completamente arbitrária a justificação do custo representado pelos primeiros com as utilidades representadas pelos segundos." (Ferrajoli, 1995, p. 331).

Esta assimetria deriva do fato de as doutrinas utilitárias tradicionais de prevenção geral negativa atribuírem à pena um único fim, qual seja, a prevenção de delitos, referindo-se, deste modo, somente à máxima felicidade ou utilidade da maioria não desviada, sem qualquer espécie de consideração ou referência à minoria desviada. Para Ferrajoli, um utilitarismo deste tipo "ao orientar o direito penal unicamente ao fim *ne peccetur*, encaminha suas opções para a adoção de

¹⁷ Para Ferrajoli, as doutrinas utilitaristas clássicas da prevenção negativa (geral ou especial) estão viciadas pela falta deste segundo requisito. Apesar de respeitarem o primeiro deles, dissociando melos penais de fins extrapenais necessários para justificá-los, incorrem no desrespeito à regra da homogeneidade, que determina que a pena (enquanto instrumento jurídico) deve representar um mal sempre menor que o bem extrajurídico buscado. Isso ocorre porque o fim justificador proposto pelas doutrinas utilitaristas "é somente a máxima utilidade possível dos não desviados" não acrescentando-se a ela "o mínimo sofrimento necessário dos desviados". A não adoção de ambos os parâmetros utilitários conduz, na ótica de Ferrajoli, à justificação apriorística de qualquer tipo de pena, não obstante ser ela desproporcional ao bem social que se deseja proteger. Neste sentido, a não assimetria entre fins justificadores e meios a justificar torna completamente arbitrária a justificação da pena, garantindo a manutenção de modelos de direito penal máximo, em que, em nome da felicidade dos não desviados, se impõe aos desviados qualquer tipo de sanção.

meios penais maximamente fortes e ilimitadamente severos", justificando modelos de controle penal máximo. (Ferrajoli, 1995, p. 331).

Neste sentido e para evitar o defeito em que incorrem as doutrinas utilitárias tradicionais, considera ser necessário recorrer a um segundo parâmetro utilitário que se refira não aos interesses dos não desviados e sim aos interesses dos desviados. Assim, para ele, a pena deve buscar não só a prevenção de novos delitos, mas sobretudo deve prestar-se a garantir a prevenção de penas informais, ou seja, de possíveis reações públicas ou privadas arbitrárias que, na falta do controle penal estatal, poderiam emergir contra os desviados.

Assinala, portanto, que a pena não serve exclusivamente para prevenir delitos, mas também os castigos excessivos e arbitrários. Atribui, deste modo, uma dupla finalidade preventiva às penas, ambas de signo negativo: uma relacionada à prevenção de novos delitos, cujo objetivo é tutelar a maioria não desviada; e outra relacionada à prevenção de penas informais, cujo objetivo é a tutela da minoria desviada. Nas palavras de Ferrajoli:

"Há, sem embargo, outro tipo de fim ao que cabe ajustar o princípio da pena mínima, e é a prevenção não de delitos, mas de outro tipo de mal antitético ao delito que é esquecido tanto pelas doutrinas justificacionistas como pelas abolicionistas. Este outro mal é a maior reação – informal, selvagem, espontânea, arbitrária, punitiva porém não penal – que a falta de penas poderia provir da parte ofendida ou de forças sociais ou institucionais solidárias com ela. Impedir este mal, de que seria vítima o réu ou inclusive pessoas ligadas a ele, o que representa, me parece, o segundo e fundamental fim justificador do direito penal." (Ferrajoli, 1995, p. 332).

Ao descrever esta dupla finalidade preventiva observa que ela contempla, de um lado, os interesses da maioria não desviada e, de outro, o interesse do réu ou do acusado em um procedimento penal. Reflete, portanto, interesses conflitivos: de um lado o interesse de defesa social e de maximização da

prevenção de novos delitos através das penas e, de outro, a defesa do interesse individual através da prevenção de penas arbitrárias.

Privilegia, contudo, a segunda finalidade, relativa à prevenção de penas informais e arbitrárias, como fim fundamental da pena. Faz isso porque duvida, em primeiro lugar, da efetiva idoneidade do direito penal para prevenir futuros delitos, não acreditando na capacidade dissuasória da pena, e porque acredita ser este capaz de cumprir mais eficazmente com esta segunda tarefa, ainda que utilizando-se de penas modestas ou simbólicas; em segundo lugar porque sustenta a necessidade desta segunda finalidade passar a ocupar o pensamento dos legisladores e das demais autoridades ligadas ao controle, uma vez que este esteve ocupado historicamente, quase que exclusivamente, pela idéia de garantia ou de segurança social em detrimento da segurança ou garantia do acusado; em terceiro lugar porque somente assim julga ser possível constituir um modelo de direito penal mínimo e garantidor; e, por fim, porque somente através da tutela do acusado e da minimização da violência ou da reação ao delito, é que o controle penal poderá ser diferenciado de outros sistemas de controle social, como o de tipo policial, disciplinário, terrorista. (Ferrajoli, 1995, p. 334).

Considera que esta dupla finalidade preventiva fundamenta o limite mínimo e máximo das penas, sendo o limite mínimo indicado pela prevenção geral de delitos, e o limite máximo pela prevenção de penas informais, arbitrárias ou desproporcionadas. Dela também resulta o fim geral do direito penal, qual seja, a minimização da violência na sociedade.

Neste sentido é que afirma que

"... um sistema penal está justificado somente se a soma das violências – delitos, vinganças e castigos arbitrários – que está em condições de prevenir - é superior a das violências constituídas pelos delitos não prevenidos e pelas penas estabelecidas para eles." E continua "... a pena está justificada como mal menor – somente se é menor, ou seja,

menos aflitiva e menos arbitrária – em relação a outras reações não jurídicas que é lícito supor que se produzirão em sua ausência; e que, mais em geral, o monopólio estatal do poder punitivo está tanto mais justificado quanto mais baixos sejam os custos do direito penal em relação aos custos da anarquia punitiva.” (Ferrajoli, 1995, p. 336).

Ferrajoli acredita que a lei penal é o instrumento apto a minimizar a dupla violência que emerge, em primeiro lugar, da prática do delito e, em segundo lugar, da reação punitiva ou vingativa. Através de sua parte proibitiva se destina a prevenir a violência do ato delitivo e através de sua parte punitiva a minimizar a violência que poderia manifestar-se com as vinganças ou outras possíveis reações informais. A lei penal representa, no seu modo de ver, a proteção do débil contra o mais forte: “o débil ofendido ou ameaçado pelo delito, assim como o débil ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o delinqüente e na vingança é a parte ofendida ou os sujeitos públicos ou privados solidários com ele”. (Ferrajoli, 1995, p. 335). A lei do mais débil se dirige, deste modo, à proteção dos direitos fundamentais destes contra a violência arbitrária do mais forte. O Estado ao monopolizar a força, a partir de pressupostos e modalidades legalmente limitados, excluindo a possibilidade de seu exercício privado, pode assegurar, ainda que não de modo absoluto, na percepção de Ferrajoli, as duas finalidades preventivas traçadas. Através do direito penal realizar-se-ia a prevenção de novos delitos e a prevenção de penas informais e/ou arbitrárias. E estas duas finalidades “...legitimam conjuntamente a necessidade política do direito penal como instrumento de tutela dos direitos fundamentais, definindo estes normativamente o âmbito e limites daquele enquanto bens que não está justificado lesionar nem com os delitos nem com os castigos.” (Ferrajoli, 1995, p. 335).

A tutela dos direitos humanos constitui, deste modo, o fundamento incondicional do modelo de justificação (doutrina de justificação) traçado por Ferrajoli. Para ele a defesa dos direitos humanos dos cidadãos (desviados ou não desviados) representa a finalidade última do direito penal e, a partir dela,

devem ser estabelecidos os limites e vínculos, ou as condições mediante as quais o monopólio da violência pode ser exercido legitimamente pelo Estado.

* Neste sentido é que a doutrina de justificação de Ferrajoli é concebida como uma doutrina que é simultaneamente minimalista e garantista. Isso porque tem como finalidade geral a tutela dos direitos humanos de todos, tutela esta que exige a defesa e a proteção dos direitos dos indivíduos tanto contra as arbitrariedades das proibições como também dos castigos e que exige, portanto, a extinção dos modelos de controle penal máximos ou totalitários, fundamentando somente a possibilidade de modelos de controle penal mínimo.

Salienta Ferrajoli que somente um modelo de justificação assim formulado pode garantir a superação de modelos de controle penal máximo justificados a partir das doutrinas retribucionistas ou utilitaristas tradicionais. Este modelo de justificação, ao ajustar-se aos requisitos metaéticos da valoração do delito e da pena a partir da aceitação do postulado jurídico-positivo da estrita separação entre direito e moral e da homogeneidade entre fins e meios penais, pode constituir-se como doutrina de justificação eticamente adequada e logicamente consistente. Isso porque seu modelo permite: (Ferrajoli, 1978, p. 39-40).

- a) excluir a confusão entre direito e moral, que marca as doutrinas retribucionistas e de prevenção positiva, a partir da aceitação de um fim único relacionado à prevenção negativa. A aceitação desta finalidade garante a não utilização da pena como um bem a partir do qual se realizariam finalidades filantrópicas do tipo reeducativo ou ressocializador, mas como um mal, que para ser justificado precisa ser reconhecido como um mal menor do que o derivado de vinganças ou outras reações sociais e informais. Neste sentido a pena representaria para o condenado um mal menor do que o derivado de castigos informais imprevisíveis, incontrolados ou desproporcionados;

- b) reconhecer como fim justificador das proibições e das penas, respondendo a pergunta por que proibir e por que castigar, o máximo bem estar possível dos não desviados e o mínimo mal estar necessário aos desviados que resultaria numa finalidade geral de "máxima tutela dos direitos de uns e outros, da limitação da arbitrariedade e da minimização da violência na sociedade." (Ferrajoli, 1995, p. 336).
- c) Ao orientar o direito penal à máxima tutela dos desviados e não desviados, através da minimização das lesões de seus direitos fundamentais, refuta qualquer possibilidade de justificações apriorísticas ou ideológicas, tal como as realizadas pelas doutrinas justificacionistas tradicionais, e condiciona a justificação do direito penal e da pena ao efetivo cumprimento das finalidades traçadas. Neste sentido transforma-se numa doutrina que "...permite somente justificações a posteriori de modelos de direito penal mínimo..."; (Ferrajoli, 1995, p. 337).
- d) representando o mal da pena um mal menor do que o derivado de reações ou castigos informais desproporcionados ou arbitrários, sua justificação não entrará em conflito com o princípio ético kantiano segundo o qual nenhuma pessoa deve ser tratada como uma coisa ou como um instrumento para a realização de fins que lhe são alheios¹⁸, pois neste caso a pena estará justificada não somente em relação aos interesses da coletividade, mas também em relação aos interesses do réu, no sentido de que este não venha a sofrer castigos maiores;

¹⁸ A máxima Kantiana a qual se refere Ferrajoli pode se encontrada em : KANT, Immanuel. *Princípios Metafísicos de la doctrina del Derecho*, México, 1978. p. 167 . Nesta obra Kant estabelece suas reflexões em torno da finalidade da pena, cuja fundamentação, de ordem ética, se centra na idéia de que a pena "... não pode nunca ser aplicada como um simples meio de procurar outro bem, (...), nem em benefício do culpado ou da sociedade, mas deve sempre ser contra o culpado pela simples razão de haver delinqüido; porque jamais um homem pode ser tomado como instrumento dos desígnios de outro, nem ser contado no número das coisas como objeto de direito real.". Para Kant o homem não pode ser suscetível de instrumentalização. Ele jamais deve ser usado como meio, devendo ser considerado sempre como um fim em si mesmo. Cfe. KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, p. 76.

* Do mesmo modo, Ferrajoli acentua que seu modelo de justificação pode servir como uma contestação lógica e consistente das teses abolicionistas, mesmo que o faça sempre de modo condicionado e contingente. Através da inversão do argumento abolicionista relativo aos custos do direito penal, seu modelo de justificação pretende sublinhar os custos derivados da ausência do direito penal que, sob sua ótica, seriam potencialmente mais elevados. Os custos apontados são de duas ordens e referem-se à possibilidade de, na ausência do controle penal Estatal, emergirem modalidades de reações selvagens ou incontroladas com predomínio do mais forte, ou, ainda, emergirem modalidades de controle disciplinares que, na ausência do controle penal, seriam mais lesivas para a liberdade dos indivíduos.¹⁹ Ao referir-se ao sistema disciplinário, Ferrajoli afirma que ele é um produto tipicamente moderno sendo um perigo para o futuro pois

“...é o mais alarmante, por sua capacidade de conviver insidiosamente inclusive com as modernas democracias.” (Através dele) é “...possível eliminar ou reduzir ao máximo os delitos mediante uma limitação preventiva da liberdade de todos: com tanques nas ruas e com policiais vigiando os cidadãos, porém também – mais moderna e discretamente – com microfones, câmeras de televisão (...), interceptações telefônicas e todo o conjunto de técnicas informáticas e telemáticas de controle à distância, que fazem possível um Panóptico social muito mais capilar e penetrante do que o carcerário concebido por Bentham e idôneo para desempenhar funções, não só de prevenção de delitos mas também de governo político da sociedade.” (Ferrajoli, 1995, p. 339).

¹⁹ Para Ferrajoli (1978, p. 41), o abolicionismo penal, enquanto modelo alternativo de controle, está relacionado a quatro sistemas de controle social. Estes sistemas são: a) controle social selvagem – são sistemas em que a vingança pessoal ou familiar (vingança de sangue) prepondera, em que há o predomínio do mais forte; b) controle estatal-selvagem – são sistemas de controle de caráter despótico em que a pena é aplicada de acordo com procedimentos arbitrários sem que haja qualquer controle externo do poder punitivo do Estado; c) controle social disciplinário – presentes nas comunidades onde há uma forte ideologização e onde o grau de conformismo social é acentuado; d) controle estatal disciplinário – que representam formas de vigilância e de controle alternativos à pena e que, realizados pelo Estado a partir da utilização de modernas técnicas de vigilância, podem conduzir a formas de controle total muito mais severas que a pena. (FERRAJOLI, 1978. p. 41).

Neste sentido é que Ferrajoli afirma que o controle penal pode representar uma técnica de controle social mais garantidora da liberdade que o abolicionismo. Para ele as técnicas de controle necessárias em uma sociedade sem controle penal seriam mais extensas do que aquelas derivadas da pena, especialmente quando estas técnicas assumissem a feição disciplinária. Neste contexto afirma que o direito penal, ao garantir a liberdade de escolha entre o desvio e o não desvio, garante também a liberdade subjetiva da transgressão, sendo, portanto, uma técnica de controle menos invasiva e mais libertária. Ao comparar o controle penal com as alternativas abolicionistas, Ferrajoli sublinha a forma jurídica da proibição e da pena, afirmando que esta se justifica como técnica de controle que, desde que limitada pelo estrito respeito aos direitos humanos, garanta a liberdade, maximizando a segurança de todos, inclusive a dos réus.

No seu sentir, o Estado, ao monopolizar a força estabelecendo quais seus pressupostos, a forma de seu exercício e excluindo a possibilidade de sua utilização por parte dos sujeitos não autorizados, garante, através da proibição e da ameaça penal, a proteção das partes ofendidas contra os delitos e, através da imposição concreta da pena, a proteção dos réus contra reações arbitrárias, sejam elas públicas ou privadas. Estas duas finalidades preventivas constituem o objetivo último do controle penal, qual seja, a minimização da violência e do arbitrio punitivo e a maximização da liberdade e da segurança dos cidadãos, e representam a base a partir da qual se legitima a necessidade política do direito penal enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais (Ferrajoli, 1995, p. 335).

Seguindo esta linha de raciocínio, Ferrajoli observa que a dupla finalidade atribuída ao direito penal exige uma ampla reflexão filosófico-penal, no sentido de ser estabelecido um novo sistema de penas, alternativo ao vigente desde o início da modernidade e que tem a pena privativa de liberdade como instrumento central de controle penal. Isso porque considera que esta modalidade de pena, assim como a pena pecuniária, é ineficiente e injusta.

Ao referir-se à pena privativa de liberdade, observa que ela não é idônea para satisfazer nenhuma das duas razões que justificam a sanção penal. Isso porque não realiza a prevenção dos delitos em razão do seu caráter altamente criminógeno e nem a prevenção das vinganças privadas, uma vez que esta é garantida não pela espécie de pena aplicada, mas sim pela agilidade e publicidade das condenações. Neste sentido considera não só possível, mas desejável

"...estabelecer uma estratégia de reforma do direito penal que aponte a longo prazo à supressão integral das penas privativas de liberdade e a curto e média prazo a uma drástica redução de seu tempo de duração legal..." (Ferrajoli, 1995, p.412)

A repulsa à pena privativa de liberdade é justificada também pela sua afliktividade intensa. Esta modalidade de pena é altamente violenta, pois, para além de privar o condenado de um tempo abstrato de liberdade, impondo-lhe uma forma de aflição física, impõe também um conjunto de privações das mais variadas ordens, que conduzem a um sofrimento psíquico intenso. A solidão, o isolamento, a sujeição disciplinária, a perda de sociabilidade e de afetividade conduzem a um processo de perda de identidade social e a constituição de uma identidade estigmatizada que em nada contribui para o processo de "transformação positiva", através do tratamento, daquele que foi condenado. (Ferrajoli, 1995, p. 412-413).

Assim, em uma perspectiva de minimização das penas carcerárias propõe o estabelecimento, a curto prazo, de um limite máximo de 10 anos para as penas privativas de liberdade. Alia a esta proposta de redução uma estratégia de atenuação gradativa que poderia conduzir, a longo prazo, a supressão total desta forma de pena.²⁰

²⁰ Observa, porém, que o projeto de abolição do cárcere não é similar ao projeto de abolição da pena. Para Ferrajoli, um projeto de abolição total de qualquer forma de pena corresponde não a um modelo de intervenção penal mínima, mas a um programa de direito penal máximo, selvagem ou disciplinário. (Ferrajoli, 1995. p. 413).

Ao referir-se às penas pecuniárias, propõe, do mesmo modo, sua abolição, por considerá-las impessoais, desiguais e desproporcionais: impessoais porque podem ser pagas por qualquer um, podendo deste modo a sanção ultrapassar a pessoa do condenado; desiguais porque atingem de modo desigual os condenados, de acordo com o patrimônio que possuem; e desproporcionais porque estão abaixo do limite mínimo que justifica a cominação de uma pena, no sentido de que não são suficientes para a prevenção de delitos. A não proporcionalidade da pena pecuniária é, na ótica de Ferrajoli, o argumento mais importante que justifica sua abolição. Dentro de um modelo de direito penal mínimo, que determina serem previstas e castigadas como delitos somente as infrações mais graves, nenhuma pena pecuniária pode ser considerada suficiente para reprimi-las de forma adequada. Neste sentido a estratégia apresentada é a despenalização dos delitos punidos com multa ou a adoção de penas mais severas e mais adequadas a eles, quando considerados graves e merecedores do controle penal.

A perspectiva de abolição/superação das penas privativas de liberdade e pecuniárias em um modelo de controle penal mínimo exige uma reflexão em torno do problema relativo ao tipo de pena apto a substituí-las. Para enfrentar esta questão, Ferrajoli propõe uma análise séria em torno das chamadas 'penas alternativas' que, sob sua ótica, poderiam constituir uma alternativa interessante às penas carcerárias e pecuniárias, desde que aplicadas como penas principais e não meramente acessórias. Tais penas, que impõem a privação de bens e direitos, deveriam ser compatíveis com o respeito à dignidade da pessoa e não deveriam possuir a natureza antieducativa e criminógena presente na penas privativas de liberdade. (Ferrajoli, 1995, p. 418-420).

3.2. Os fundamentos jurídicos do controle penal: Direito Penal Mínimo e Garantismo Penal – a perspectiva intra-sistêmica.

Da nova doutrina de justificação para o controle penal construída por Ferrajoli deriva, portanto, o seu modelo de Direito Penal ideal. Trata-se de um modelo que se situa entre os sistemas de controle penal máximos e o abolicionismo, ou seja, um modelo de Direito Penal mínimo, através do qual se assegure ao mesmo tempo o máximo de bem-estar possível para os não desviados e o mínimo mal-estar para os desviados.

Direito penal mínimo significa, portanto, um Direito Penal maximamente condicionado e maximamente limitado às situações de absoluta necessidade, que corresponda, assim, não só ao máximo grau de tutela de liberdade dos cidadãos diante do poder punitivo do Estado, mas "...também a um ideal de racionalidade e de certeza", razão pela qual não terá lugar a intervenção penal sempre que sejam incertos ou indeterminados os seus pressupostos. (Ferrajoli, 1995, p. 104).

A este modelo de intervenção mínima corresponde, portanto, um ideal de garantias, ou de tutela de valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação representa o fim justificador do Direito Penal. Neste sentido, para Ferrajoli seu modelo de direito penal mínimo é um modelo garantista pois através dele pode-se assegurar: a imunidade dos cidadãos diante das arbitrariedades das proibições ou dos castigos; a defesa dos débeis através da utilização de regras semelhantes para todos; o respeito à dignidade da pessoa do imputado e a garantia de sua liberdade. (Ferrajoli, 1995. p. 336)

A garantia de intervenção mínima só poderá ser assegurada, na ótica de Ferrajoli, através da adoção de um sistema de princípios normativos. Estes princípios funcionam como condição "*sine qua non*" para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação ou execução da pena, e representam os pressupostos a partir dos quais se está permitido proibir e castigar. Tais

princípios são constituídos a partir da adoção de dez garantias penais, assim descritas: (Ferrajoli, 1995, p. 93).

1. Nulla poena sine crimine, que equivale ao princípio da retributividade ou da sucessividade da pena frente ao delito;²¹
2. Nulla poena sine lege, que corresponde ao princípio da legalidade;²²
3. Nulla lex sine necessitate, que corresponde ao princípio da necessidade ou da (economia do direito penal;
4. Nulla necessitas sine inúria, que corresponde ao princípio da lesividade ou da ofensividade do ato;
5. Nulla inúria sine actione, que corresponde ao princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;
6. Nulla actione sine culpa, que corresponde ao princípio da culpabilidade;
7. Nulla culpa sine iudicio, que corresponde ao princípio da jurisdição;
8. Nullum iudicium sine accusatione, que corresponde ao princípio acusatório;
9. Nulla accusation sine probatione, que corresponde ao princípio da verificação;
10. Nulla probatione sine defensione, que corresponde ao princípio do contraditório ou da ampla defesa.

Os seis primeiros princípios constituem as garantias penais e os quatro últimos referem-se às garantias processuais. Eles constituem o modelo garantista de responsabilidade penal e sua efetivação é apresentada como o fundamento necessário para a constituição de um sistema de controle penal mínimo. Ferrajoli observa que todos os sistemas penais que os desrespeitam, seja porque não os

²¹ O sistema punitivo em que está ausente esta primeira garantia é concebido como um sistema autoritário, não garantidor. Trata-se de um sistema de mera prevenção, ou subjetivista (do tipo de autor) em que o controle penal possui a natureza de sistema de prevenção da desviação, que se funda exclusivamente no nível de periculosidade do agente.

²² Apesar de concebido como um princípio fundamental, o princípio da legalidade deve vir acompanhado pelas demais garantias enunciadas. Para Ferrajoli, um sistema penal baseado exclusivamente no princípio da legalidade corresponde a uma forma absoluta de Estado: o Estado de polícia, marcado por leis em branco que permitem intervenções punitivas livres de qualquer vínculo, ou juízo. O princípio da legalidade, tal qual enunciado no sistema garantista de Ferrajoli, corresponde não somente a mera legalidade, mas a estrita legalidade.

assumem como princípios jurídico-normativos ou porque não os cumprem em sua prática efetiva, são sistemas penais autoritários que representam modelos de controle penal máximo. São modelos que se assemelham ao controle penal próprio dos Estados absolutos ou totalitários, nos quais os poderes públicos ou não estão disciplinados pela lei, ou quando estão, só o são formalmente limitados, sendo portanto, ilimitados e incondicionados.

O modelo de controle penal mínimo representado pelo Sistema Garantista é descrito como o sistema de controle penal inerente aos Estados Constitucionais de Direito, entendido este como um ordenamento em que o poder público e o poder de controle penal está rigidamente limitado e vinculado à lei tanto no plano formal, quanto substancial e processual.²³

²³ Partindo da consideração que Estado de Direito é um conceito amplo que tem múltiplas e variadas ascendências na história do pensamento político, Ferrajoli estabelece uma definição restrita para a expressão Estado de Direito. Para estabelecer este conceito se vale de uma classificação construída por Norberto Bobbio (1989, p. 156-157). Nesta análise Bobbio, que parte da relação que pode ser estabelecida entre o exercício do poder e a lei, afirma que Estado de Direito ou "governo das Leis" pode designar duas coisas distintas: pode designar um modelo de Estado em que o governo se manifeste ou se exerça através ou mediante leis gerais e abstratas (governo *per leges*) ou pode designar um modelo de Estado em que o exercício do poder ou do governo esteja submetido à lei (governo *sub lege*).

O governo *per lege* incorpora uma opção pela idéia de previsibilidade da solução jurídica e pela demarcação das condições formais de exercício de poder. Nele o exercício do poder pressupõe o respeito a certos requisitos formais, devendo se manifestar mediante um determinado tipo de normas gerais e abstratas.

O governo *sub lege* incorpora a idéia de vinculação ou submissão dos poderes públicos ao direito. Neste sentido pode ser entendido em dois sentidos diversos: a) um sentido formal (fraco) que exige que o poder seja conferido pela lei e exercido nas formas por ela estabelecidas e; b) um sentido substancial (forte) que vincula o exercício do poder não somente às formas mas também a determinados conteúdos. Neste último modelo, o poder não é apenas conferido pela lei, mas também está limitado por ela.

No primeiro sentido a idéia de Estado de Direito é carente de significado substancial ou de conteúdos. Por isso, neste sentido, podem ser considerados Estados de Direito todos os ordenamentos jurídicos, independentemente dos conteúdos que expressem, desde que garantido o respeito à lei. No segundo sentido, que pressupõe o primeiro, só podem ser considerados Estados de Direito os Estados Constitucionais que incorporam nos níveis normativos superiores limites não só formais, mas também substanciais ao exercício do poder. É neste segundo sentido que Ferrajoli compreende a expressão Estado de Direito. Para ele somente os Estados Constitucionais podem ser considerados Estados de Direito porque não designam, simplesmente, um Estado regulado pela lei, mas um modelo de Estado caracterizado pelo princípio da estrita legalidade que subordina o exercício do poder público a leis gerais e abstratas que estabelecem limites formais e também substanciais para este exercício. É por isso que Ferrajoli afirma que o Estado Constitucional de Direito corresponde a um modelo garantista de Estado, haja vista o fato deste estar caracterizado, no plano formal, pelo princípio da legalidade que disciplina as formas de exercício do poder e, no plano substancial, pela funcionalização dos poderes públicos do Estado à tutela de determinados direitos incorporados à Constituição. Estes direitos representam os limites substanciais do exercício do poder político e, portanto, do poder de controle penal, porque estabelecem, por um lado, proibições, que significam impossibilidade da intervenção estatal em determinadas esferas de liberdade dos indivíduos e, por outro, obrigações, que exigem uma intervenção ativa por parte do Estado no sentido de serem efetivados certos direitos. (Ferrajoli, 1995., p. 856-857).

Os princípios que constituem o modelo garantista de controle penal mínimo propostos não são novos, estando, inclusive, incorporados à grande parte das Constituições contemporâneas. São apenas uma reformulação aperfeiçoada dos princípios elaborados pelo pensamento jusnaturalista nos séculos XVII e XVIII, que foram inicialmente concebidos como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal absoluto e que foram posteriormente incorporados, sob a forma de direitos fundamentais de liberdade, à grande parte das Constituições Contemporâneas, transmutando-se, assim, em princípios jurídicos.

Ferrajoli (1995, p. 356) observa que, quando assumiram a condição de valores jurídicos, tais princípios passaram a oferecer respostas intra-sistêmicas ou jurídicas as questões relativas à qualidade e quantidade do controle penal (quando e como proibir, castigar e julgar). A partir de sua incorporação tornou-se possível a avaliação do nível de justiça interna de um ordenamento, expresso sobretudo pela adequação dos níveis normativos inferiores (leis ordinárias, sentenças...) ao nível constitucional. Neste sentido, o número de princípios limitadores incorporados por uma Constituição passou a indicar não só nível de garantias normativas asseguradas aos indivíduos e o limite do controle penal, mas também passou a determinar o grau de justiça interna (legitimidade interna) de um ordenamento, a ser estabelecido a partir da avaliação dos níveis de convergência/divergência entre normas hierarquicamente superiores e inferiores.

Quando um ordenamento não assume ou assume parcialmente como princípios normativos os axiomas descritos pelo sistema garantista, este permite a efetivação de modalidades de controle penal máximo, uma vez que a atuação punitiva do Estado não estará limitada ou vinculada aos pressupostos por ele estabelecidos e que se referem à finalidade genérica de controle das duas grandes formas de violência na sociedade: a violência do delito e a violência derivada do arbítrio punitivo. Nestes casos, Ferrajoli observa que o nível de justiça externa do ordenamento deverá ser questionado, uma vez que não há

correspondência entre validade e justiça (normas válidas e normas justas), ou seja, uma vez que as normas jurídicas (constitucionais ou infra-constitucionais) não correspondem aos critérios ético-políticos, que segundo sua ótica são capazes de legitimar a intervenção punitiva do Estado.

Neste sentido, para que um sistema de controle penal seja efetivamente mínimo e garantista é necessário:

- a) que tenha incorporado normativamente os princípios garantistas traçados, e desta incorporação derivará o nível de justiça externa do ordenamento;
- b) que a prática operacional do sistema se pautar incondicionalmente pelo respeito a estes princípios, no sentido de que todos os atos normativos (legislativos, judiciários...) e operacionais sejam direcionados para sua efetivação. Desta prática derivará o grau de justiça interna do ordenamento que será tanto maior quanto maior for o nível de correspondência entre seus níveis normativos.

Através da incorporação limitativa destes princípios, que consistem em vinculações ou imperativos negativos que prescrevem ao legislador ou ao juiz quando e como não proibir, não castigar e não julgar, e da sua efetivação, garante-se maior inviolabilidade aos direitos de liberdade dos cidadãos, constituindo-se o modelo garantista de direito penal mínimo. Quanto maiores forem os valores que se incorporam aos níveis normativos superiores de um ordenamento, maiores serão os vínculos ou os imperativos negativos, reduzindo-se as possibilidades de ingerência (o que se dá através de proibições e punições penais) do Estado em relação aos indivíduos.

3.3. Os princípios garantistas

Ao estabelecer seus princípios garantistas, Ferrajoli busca oferecer respostas aos problemas relativos ao limite do controle penal expressos nas questões relativas ao quando e como proibir, castigar e julgar, sejam eles tomados como problemas que se situem no plano ético-político ou jurídico normativo. Neste sentido trabalha detalhadamente com todos eles, buscando demonstrar o tipo de garantia que cada um expressa.

3.3.1. O princípio da retributividade (*Nulla poena sine crimine*)

Este princípio está diretamente relacionado à questão “quando castigar?”, sendo apresentado como a primeira grande garantia do Direito Penal. Através dele fica determinado que somente a prática do delito constitui causa ou condição necessária, ainda que não suficiente, para a aplicação da pena.

Representa a negação absoluta das correntes utilitárias da prevenção especial e do correccionalismo, ou de qualquer outra que se assente em medidas punitivas ‘ante’ ou ‘extra’ delito. Está relacionada a uma concepção formalista (puramente jurídica) e não substancialista de delito, no sentido de que são considerados crimes somente os comportamentos assim definidos por uma norma jurídica e não aqueles comportamentos construídos a partir de definições ontológicas ou naturalistas. Aqui Ferrajoli reforça o seu pressuposto da completa separação entre direito e moral. (Ferrajoli, 1995, p. 368-371).

3.3.2. Princípio da legalidade (*Nulla crimen sine lege*)

Diretamente relacionado ao princípio da retributividade aparece o princípio da legalidade, que é apresentado como a segunda grande garantia do Direito Penal. Num sistema garantista de Direito Penal mínimo, observa Ferrajoli, este

princípio não deve ser reduzido à idéia da "mera legalidade", devendo constituir-se também como um princípio de "legalidade estrita".

O princípio da estrita legalidade é apresentado como princípio que caracteriza especificamente o sistema garantista de controle penal mínimo, ocupando nele um lugar central, ante as demais garantias traçadas. Distingue-se do princípio da mera legalidade, que se limita a exigir a lei como condição formal necessária da pena e do delito, por exigir não só a garantia formal, mas também todas as demais garantias como condições necessárias para a legalidade penal.

Neste sentido enquanto a mera legalidade é apresentada como uma simples regra formal de distribuição do poder de definição penal a partir da qual se determina que somente as leis positivas podem dizer o que é delito, a legalidade estrita exige a taxatividade dos conteúdos das normas penais bem como sua referência às demais garantias penais e processuais, vinculando a validade e a legitimidade das leis vigentes ao respeito aos condicionamentos substanciais expressos por tais garantias. (Ferrajoli, 1995, p. 378).

A mera legalidade aparece como um princípio que enuncia somente as condições formais de existência ou de vigência de qualquer norma jurídica. A legalidade estrita, que presuppõe a mera legalidade, funciona como uma regra que orienta a formação da linguagem penal e que determina ao legislador o dever de usar termos de extensão limitada na formação de figuras típicas delitivas. Por força dela a validez das leis vigentes estará condicionada não só à taxatividade dos seus conteúdos, mas também ao respeito às referências materiais (substancial) constituídas pelos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

Ferrajoli observa que o princípio da legalidade, em seu sentido estrito, só foi concebido pelo pensamento ilustrado, consolidando-se como princípio jurídico-normativo a partir da positivação dos direitos "naturais" de liberdade. Ao lado do

princípio da mera legalidade, bem mais remoto, passou a definir a complexa estrutura da legalidade do Estado de Direito, caracterizado pela presença de distintos níveis normativos e pela presença de condicionamentos formais e substanciais ao processo de formação da lei. Neste sentido o princípio da estrita legalidade passou a exigir uma técnica legislativa específica para a válida configuração legal dos elementos constitutivos do delito, pois em razão dele a lei, além de ser condicionante, passou a ser condicionada ou vinculada aos conteúdos expressos pelos direitos fundamentais incorporados às constituições.

"Com efeito, no Estado de direito tem um valor teórico geral o princípio de sujeição não só formal mas também substancial da lei ordinária à lei constitucional (...). Esta sujeição substancial se concretiza nas diferentes técnicas garantistas através das quais o legislador e o resto dos poderes públicos são postos a serviço, mediante proibições e obrigações impostas sob pena de invalidez, à tutela ou satisfação dos diferentes direitos da pessoa." (Ferrajoli, 1995, p. 381).

Ferrajoli (1995, p. 379) observa que, por incidir sobre a liberdade pessoal dos cidadãos a lei penal esta obrigada a vincular a si mesma não somente nas formas, mas também na substância dos conteúdos dos atos que regula.

"Esta é a garantia estrutural que diferencia o Direito Penal no Estado de direito do Direito Penal dos Estados simplesmente legais, nos quais o legislador é onipotente e, portanto, são válidas todas as leis vigentes sem nenhum limite substancial a primazia da lei. E é esta a diferença que marca hoje o critério de distinção entre garantismo e autoritarismo penal (...) entre Direito Penal mínimo e Direito Penal máximo."

Através desta afirmação reforça a tese de que um modelo de Direito Penal maximamente limitado e condicionado, ou seja, um modelo de direito penal mínimo só se faz possível nos Estados Constitucionais de direito, em que o exercício do poder punitivo encontra-se limitado não só formal, mas também

substancialmente. Nestes Estados, marcados pela incorporação em nível constitucional de vínculos substanciais ao exercício do poder - representados pelos direitos fundamentais -, o respeito à legalidade se opera não apenas com a simples emanção do poder punitivo através de normas gerais e abstratas ou particularizadas, mas através da completa vinculação deste poder, em todas as suas instâncias normativas e operacionais, aos limites materiais traçados constitucionalmente²⁴. Estes limites materiais forjam o sentido estrito da legalidade e representam, na ótica de Ferrajoli, a principal garantia de liberdade dos indivíduos diante do poder de controle do Estado pois somente permitem a justificação interna de modelos de controle penal mínimo, ou seja, de modelos de controle penal que se pautem pelo respeito estrito aos limites formais e substanciais traçados.

3.3.3. O princípio da necessidade (*Nulla lex sine necessitate*)

O princípio da necessidade da pena foi uma formulação tipicamente moderna, tendo sido elaborado pelo movimento penal reformador do Iluminismo como primeira e principal resposta "humanitária" para a pergunta "como castigar?", resposta esta expressa sobretudo nas obras de Beccaria²⁵, e Bentham²⁶. Com tal

²⁴ A incorporação gradativa, em nível constitucional, destes princípios na forma de direitos fundamentais¹ é apontada como a principal responsável pela configuração da estrutura normativa do Estado Constitucional de Direito, sendo ela marcada: a) pela presença de diversos planos normativos hierarquicamente ordenados, sendo que os superiores se apresentam como normativos em relação aos inferiores e estes como fáticos em relação aos superiores; b) por um conjunto de vínculos formais e substanciais presentes nas normas superiores, que condiciona a produção normativa inferior, e a observância das normas superiores é condição de eficácia destas e condição de validade das normas produzidas. A inobservância destas condições substanciais determinará a ineficácia das normas superiores e a invalidade das inferiores; c) pela existência de antinomias que surgem sempre que as normas inferiores violam as condições estabelecidas nas normas superiores. O número de antinomias revelará o grau de inefetividade das normas constitucionais e o grau de invalidez das normas infraconstitucionais.

²⁵ Beccaria (1993, p. 46 e ss) afirma que a pena necessária é aquela que consegue atingir o fim único de impedir "... o culpado de ser um ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime." Neste sentido propugna pela adoção de meios que sejam capazes de causar, ao mesmo tempo, uma impressão durável e eficaz no 'espírito público' e a menor crueldade possível ao corpo do culpado. Observa, portanto, ao referir-se aos suplícios e à pena de morte, tão comuns a seu tempo, que a crueldade das penas não conduzia a redução do número de crimes, sendo, antes de tudo, inspiradora de um espírito de ferocidade entre a comunidade, espírito este que conduzia a maiores violências entre os indivíduos. Neste sentido, acentua que o maior rigor punitivo não evita a prática delitiva, podendo esta ser evitada somente pela certeza da punição.

princípio foi afirmada a tese, inspirada em uma ética utilitarista que objetivava a mitigação e a minimização das penas, de que a pena deveria ser sempre necessária, entendida esta como a mínima possível para o cumprimento de um fim geral de prevenção de novos delitos.

Valendo-se desta formulação iluminista, mas não restringindo-se a ela, Ferrajoli (1995, p. 395) observa que os argumentos utilitaristas da defesa social e da prevenção de delitos, ainda que necessários para estabelecer o limite mínimo das penas, não são suficientes para estabelecer seu limite máximo. Neste sentido e partindo da elaboração kantiana, fundada no imperativo categórico enquanto lei objetiva da razão e enquanto princípio ético de humanidade que estabelece a impossibilidade de instrumentalização dos indivíduos para fins que lhes são externos, Ferrajoli observa que, ao lado dos argumentos utilitaristas da defesa social e da prevenção geral de delitos, deve-se ressaltar o princípio da humanidade das penas.

De acordo com seu raciocínio, este princípio, constituído a partir do postulado elaborado pelo pensamento iluminista "do respeito à pessoa humana", constitui-se como o principal argumento filosófico de apoio à mitigação das penas, sobretudo porque, através do seu respeito, pode-se garantir, com penas brandas que o condenado não seja tratado como coisa ou como um meio, mas como um fim ou como uma pessoa. (Ferrajoli, 1995, p. 396).

O princípio da necessidade, complementado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, corresponde à dupla finalidade atribuída à pena por Ferrajoli e apresentada como critério ético-político de justificação do seu modelo de controle penal mínimo. Neste sentido, os fins de prevenção de novos delitos e de

²⁶ BENTHAM (1979, p. 59-62) formula o princípio da necessidade da pena utilizando-se de sua lógica utilitarista: afirma, a princípio, que o objetivo geral das leis é aumentar a felicidade global da coletividade, excluindo, portanto, tudo o que tende a diminuí-la. A punição, enquanto sanção política, constitui-se como um ato pernicioso, ou seja, como um mal, e, portanto, só deve ser admitida na medida em que possibilitar a exclusão de um mal maior. (Sobre os critérios utilitários estabelecidos por Bentham ver comentários no capítulo I deste trabalho).

prevenção de reações informais, ilimitadas e extra-legais, atribuídos à pena são apresentados como novo parâmetro para determinação da quantidade mínima e máxima, assim como da qualidade da pena. Enquanto a finalidade de defesa social e de prevenção de novos delitos serve para sugerir o limite mínimo da pena, o princípio da humanidade da pena serve para determinar o seu limite máximo. O princípio da humanidade refere-se à finalidade de prevenção de penas extra-legais e excessivas, sendo relacionado, não à utilidade social, mas à utilidade da pessoa do réu, no sentido de que toda pena maior que a suficiente para freiar reações informais mais severas para o réu, pode ser considerada lesiva para a dignidade da pessoa, por ser desnecessária. Este é o critério a partir do qual deve-se estabelecer o limite máximo da pena.

Neste sentido Ferrajoli observa que enquanto princípio humanitário

“... o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental à qualidade e à quantidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda (...) o rechaço à pena de morte, das penas corporais, das penas infamantes e por outro lado a de prisão perpétua e as penas privativas de liberdade excessivamente extensas.” (Ferrajoli, 1995. p. 395)

Do mesmo modo os princípios da necessidade e da dignidade da pessoa, enquanto princípios complementares, servem para vincular a quantidade e a qualidade da pena àqueles que são, para Ferrajoli (1995, p. 396), os três traços característicos do pensamento punitivo moderno: “o da igualdade, o da legalidade e o do caráter somente privativo da pena”. Da adoção destes princípios resulta:

“....em primeiro lugar, a ilegitimidade de qualquer forma de diferenciação na execução penal; em segundo lugar, a inadmissibilidade de qualquer forma de flexibilidade ou de incerteza na duração da pena; e, em terceiro lugar, a intolerância de qualquer atividade pedagógica ou corretiva durante a execução da pena.” (FERRAJOLI, 1995. p. 397)

A aplicação de penas diferenciadas, que levem em consideração a personalidade do réu, a adoção da finalidade de prevenção especial positiva, através do tratamento reeducativo, assim como a discricionariedade administrativa na determinação da qualidade e da duração da privação de liberdade contradizem, sob sua ótica, não somente os princípios de retributividade, legalidade e jurisdicionalidade, mas também os de necessidade e humanidade da pena, uma vez que permitem a aplicação de penas desiguais para os mesmos delitos e de penas que são lesivas para a liberdade interior e a dignidade pessoal do réu.

Uma vez negada a finalidade de emenda ou ressocialização (prevenção especial positiva), Ferrajoli (1995, p. 397) observa que a única coisa que a pena deve buscar é não perverter o réu. Para o cumprimento deste fim entende não serem necessárias atividades diferenciadas ou personalizadas, mas, sobretudo, a garantia de condições de vida digna dentro do cárcere, no sentido de ser a privação de liberdade menos aflitiva possível para os condenados.

3.3.4. O princípio da proporcionalidade

Apesar de não estar descrito entre os dez princípios que constituem o modelo de controle mínimo proposto por Ferrajoli, o princípio da proporcionalidade não é abandonado. Ele é apresentado como corolário dos princípios da legalidade e da retributividade, sendo utilizado para responder a questão relativa à medida adequada da pena com referência a cada tipo de delito. Mantendo-se em acordo com seu pressuposto metodológico da completa separação entre Direito e Moral, Ferrajoli nega qualquer relação natural entre delito e pena, afirmando o caráter convencional desta. Observa, contudo, ser necessário estabelecer, quando da eleição da qualidade e da quantidade da pena, uma relação de proporcionalidade entre pena e delito, a ser formulada a partir da gravidade deste.

Como não existe um critério objetivo (natural), indicativo da gravidade do delito, mas apenas critérios pragmáticos baseados em valorações ético-políticas, o

problema de determinação da quantidade da pena transforma-se num problema moral e político de legitimação externa. Para trabalhar com a questão relativa à medida adequada de pena para cada delito, Ferrajoli (1995, p. 399 e ss) propõe uma análise a partir de três perspectivas diferenciadas:

a) a pré-determinação legal da pena: A primeira dificuldade relacionada ao problema da escolha da quantidade de pena em relação à gravidade do delito é relativa à noção de gravidade do delito. Como o Sistema Garantista inclui o princípio da lesividade (dano) e o princípio da culpabilidade, Ferrajoli julga ser necessário acolherem-se ambos os critérios para determinação dos limites da pena, superando-se, assim, os modelos objetivistas, que medem a pena exclusivamente pela quantidade do dano, e os subjetivistas, que determinam a pena pelo grau de culpabilidade do réu.

Ferrajoli considera a determinação da pena a partir destes dois critérios, que são valorativos, uma tarefa árdua. Não obstante isso afirma que o utilitarismo pode oferecer algumas indicações que servem como parâmetro de valoração para o estabelecimento do limite mínimo e máximo da pena em relação à gravidade do delito.

Para estabelecer o limite mínimo observa que o legislador deve considerar a máxima, segundo a qual a vantagem do delito não deve nunca superar a desvantagem da pena, pois se a desvantagem da pena for menor que a vantagem do delito, aquela jamais cumpriria sua finalidade dissuasória. Observa, porém, que, para a determinação do limite máximo da pena, o critério utilitário tradicional expresso na relação de proporcionalidade delito/pena, no sentido de que a pena represente um mal proporcional ao mal causado pelo delito, não é o mais adequado, pois não está apto a cumprir com a função de limitação da violência. Assim, propõe a utilização de um novo critério, "...segundo o qual a pena não deve superar a violência informal que em sua ausência sofreria o réu pela parte

ofendida ou por outras forças mais ou menos organizadas.” (Ferrajoli, 1995, p. 401).

b) A determinação judicial da pena: A questão relativa à determinação judicial ou aplicação da pena é um problema diretamente relacionado ao espaço de discricionariedade que se confere à função judicial. O Direito Penal moderno, em contraposição às formas repressivas vigentes no antigo regime, a partir da adoção do princípio da legalidade dos delitos e das penas, pretendeu estabelecer limites aos espaços discricionários conferidos ao juiz no momento de determinação da pena. O arbítrio judiciário presente nos processos penais vigentes durante toda a Idade Média, o incontrolável poder e o despotismo dos juizes constituíram o principal motivo inspirador da reforma penal propugnada pelos iluministas. Tal reforma, que visava romper com o arbítrio judicial, constituiu o mito do juiz como “boca da lei”, no sentido de ser este totalmente submetido à norma, devendo esta determinar de forma absoluta o delito e a pena a ele relativa.

Ferrajoli (1995, p. 403) observa que a solução apontada pelos reformadores iluministas, fundada no princípio de igualdade legal ou formal, demonstrou a inadequada compreensão destes em relação à “epistemologia do juízo”. Para ele a atividade de julgar é a “compreensão eqüitativa do fato legalmente denotado”, e ela pressupõe a compreensão de que, embora situações fáticas possam ser legalmente iguais, estas podem ser diversas quando avaliados os traços que lhes são mais específicos. As especificidades fazem cada fato distinto um do outro mesmo quando subsumíveis à mesma figura penal e exigem, sob pena de rompimento com o princípio da igualdade, a graduação eqüitativa dentro dos limites estabelecidos pela norma. Nesse sentido, para Ferrajoli, o poder judicial de conotação é insuprimível, não estando em contradição com o princípio da estrita legalidade, uma vez que não consiste na determinação da qualidade, mas somente da quantidade das penas atribuíveis a cada fato delitivo.

Não obstante isso observa como problemática a questão relativa aos critérios a partir dos quais o juiz decide sobre a quantidade de pena aplicável a cada fato. Os critérios que orientam a decisão são inumeráveis e variados e, por sua própria natureza, valorativos. Nesse sentido, carecem de condições para vincular ao juiz, formando, portanto, o espaço de discricionariedade inerente à compreensão judicial. Em relação a eles, observa Ferrajoli, é inútil pretender impor controles certos e objetivos, podendo-se estabelecer apenas algumas indicações relativas ao método e ao conteúdo. No plano do método se deve pretender que os juízos sejam explícitos, motivados com argumentações pertinentes e inspirados em valores constitucionais. No plano do conteúdo, o objeto da conotação judicial deve limitar-se ao fato, eliminando-se todas as considerações estranhas a ele, assim como deve excluir ou eliminar a relevância penal da conduta pessoal do imputado. (Ferrajoli, 1995. p 405-406)

c) A pós-determinação judicial da pena na fase executiva: Os sistemas penais modernos e contemporâneos caracterizam-se pela presença de instrumentos que possibilitam a alteração da pena durante a fase executiva. Estes instrumentos, usualmente denominados "medidas alternativas", fazem parte dos modelos correcionalistas, que consideram lícito diminuir ou alterar a pena a partir dos resultados do tratamento "ressocializador" a que é, ou deve ser, submetido o réu.

Para Ferrajoli (1995, p. 406) a possibilidade de alteração da pena em fase executiva está diretamente relacionada ao sentido claramente disciplinário da pena, pois a pena depois de haver sido determinada pelos juízes, poderá ser adequada pelos órgãos de execução, que consideram a conduta do condenado no cárcere:

"Os benefícios e as reduções de pena concedidos com as medidas alternativas resultam de fato condicionados, num sistema de pena flexível, à boa conduta do réu, a seu arrependimento ou a outros juízos de valor semelhantes em torno de sua personalidade. (...) o preso que deseje receber os benefícios deverá oferecer cotidianamente as provas de

sua sensibilidade e disponibilidade ao tratamento, até que sua personalidade seja julgada meritória. O conflito permanente entre interioridade da pessoa e a perspectiva de liberação antecipada se converte em um instrumento de governo do cárcere, graças ao controle disciplinário e ao submetimento moral dos presos às autoridades carcerárias.

.....
 Disso se segue uma sorte de duplicação do trabalho judicial: a pena, depois de haver sido determinada pelos juízes em relação com o delito cometido, deverá ser redeterminada pelos órgãos encarregados da execução em relação com a conduta vital no cárcere. Confere-se assim a estes órgãos um poder imenso e incontrolado: a pena quantitativamente flexível e qualitativamente diferenciada em sede de execução não é menos despótica que as penas arbitrárias pré-modernas, das que difere somente porque o arbítrio, em lugar de esgotar-se no ato de sua irrogação, se prorroga durante todo o curso de sua aplicação." (Ferrajoli, 1995, p. 408).

A possibilidade de alteração da pena em fase judicial é acusada de ser um instrumento que atenta violentamente contra a liberdade, sendo, portanto, absolutamente incompatível com um sistema penal mínimo e garantista. O poder de determinação pós-judicial da pena confere à autoridade executiva a possibilidade de valoração da interioridade das pessoas. Esse poder reduz a pessoa à coisa, incidindo não exclusivamente sobre a liberdade de ir e vir do condenado, mas sobre todas as formas de manifestação da liberdade, especialmente a de ser e de pensar, violando, portanto, a dignidade da pessoa humana. E, do mesmo modo, violam as garantias da certeza e da imunidade ante as arbitrariedades.

Nesse sentido, observa Ferrajoli (1995, p. 409 e ss), que um programa de minimização do direito penal exige: 1. a determinação exclusiva da pena em sede legislativa e jurisdicional; 2. a transformação em direitos de todos os benefícios do tratamento concedidos como prêmios; 3 a previsão das medidas alternativas como penas diretamente aplicáveis quando da condenação, a serem impostas como penas exclusivas aos delitos mais leves e como penas acessórias aos delitos mais

graves, sendo aplicáveis após um período de privação de liberdade. Sob sua ótica, um modelo de intervenção penal mínima exige a garantia da certeza da duração da pena. Isto porque através dela pode se garantir a liberdade interior do condenado diante do arbítrio punitivo e porque uma pena certa e infalível é considerada mais eficaz como instrumento de prevenção de delitos do que uma pena incerta.

A eliminação da flexibilidade das penas em sede executiva, no modelo minimalista de Ferrajoli, é apresentada como um instrumento eficaz para o controle do arbítrio punitivo e de limitação do controle penal. Isso porque tal modelo considera que a flexibilidade em sede executiva conduz ao esvaziamento da lei e do juízo e, portanto, à dissolução de todas as garantias penais e processuais.

3.3.5. O princípio da lesividade (*Nulla necessitate sine inúria*)

O princípio da lesividade juntamente com os princípios da materialidade e da responsabilidade pessoal são formulados por Ferrajoli como garantias ou como critérios negativos, a partir dos quais podem ser estabelecidos limites aos conteúdos das proibições penais. São princípios que expressam garantias substanciais relativas aos conteúdos das proibições e que buscam oferecer respostas à questão relativa ao "quando proibir?".

Partindo da afirmação do caráter axiológico e histórico do conteúdo das proibições penais, que representam, em sua grande maioria, princípios éticos ou morais incorporados ao direito positivo, Ferrajoli (1995, p. 461) acentua o relativismo ético e jurídico destas proibições, reconhecendo a dificuldade de se estabelecerem critérios absolutos que possam orientar sua formulação. Por conta deste relativismo valorativo, que deriva da autonomia e pluralidade dos juízos ético-políticos que incidem sobre a legislação penal e da relatividade histórica das opções legislativas, afirma ser impossível falar-se em um sistema penal com nível

de justiça externa absoluta, no sentido de que nele se considerem todas as proibições penais absolutamente legítimas.

A dificuldade derivada do relativismo acima exposto não impede, contudo, o estabelecimento de critérios ou de parâmetros a partir dos quais sejam traçados os conteúdos das proibições penais. Neste sentido é que Ferrajoli aponta os princípios da lesividade, da materialidade da ação e da responsabilidade pessoal como condições necessárias, ainda que não suficientes, para a legitimidade das proibições.

O princípio da lesividade exige a exclusão de toda proibição penal que se refira a comportamentos meramente imorais ou que se relacionem a estados de ânimo pervertidos. A lei penal deve ser direcionada à proibição de comportamentos cujos efeitos lesivos para terceiros sejam graves, pois somente estes efeitos podem justificar o custo das penas e das proibições a ela relativas. Neste sentido, busca tutelar a liberdade pessoal de consciência e de crença, assim como a autonomia e a relatividade moral, exigindo tolerância jurídica a toda atitude não lesiva para terceiros. (Ferrajoli, 1995, p. 466).

Diretamente relacionado ao princípio da necessidade, o princípio da lesividade pode apresentar-se, de acordo com Ferrajoli (1995, p. 466), como um importante instrumento de limitação do poder proibitivo do Estado. O princípio da necessidade, enquanto princípio que exige que se recorra à lei penal somente como remédio extremo, significa, dentro da perspectiva minimalista, que se recorrerá à pena somente quando esta constituir-se como mal menor do que o representado pela prática do delito ou pela reação informal que contra ele se realizaria na falta do direito penal, sendo ela justificada somente pela necessidade de se limitar a violência e se defender os direitos fundamentais dos cidadãos. Dentro desta perspectiva a necessidade da pena deriva, portanto, da necessidade de tutela dos bens fundamentais que não podem ser tutelados ou garantidos de outro modo. Isso significa que a absoluta necessidade da pena deve ser

condicionada pela lesividade para terceiros dos fatos proibidos. Neste sentido, sustenta Ferrajoli (1995, p. 466) que

“... as proibições, assim como as penas, podem ser configuradas como instrumentos de minimização da violência e de tutela dos mais débeis contra os ataques arbitrários dos mais fortes no marco de uma concepção mais geral do direito penal como instrumento de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.”

Como o conceito de lesão ou de dano é um conceito valorativo e está diretamente relacionado ao conceito de bem ou interesse relevante que, do mesmo modo, é um conceito valorativo, observa que nem o princípio da necessidade e nem o da lesividade podem determinar com precisão a natureza e a quantia do dano que é necessário para que se justifique a proibição jurídica e, mais especificamente, a tutela penal. Tanto a idéia da lesividade quanto a da necessidade são condicionadas por opções valorativas que se referem ao conceito vigente do que seja um bem (objeto ou interesse) relevante, cuja tutela poderia justificar a utilização do instrumental punitivo (pena). Neste sentido observa que a questão relativa ao bem jurídico e ao princípio da lesividade pode ser enfrentada em níveis de discursos diversos:

O primeiro deles refere-se ao nível externo, relativo à justificação moral e política das proibições penais. Neste nível de discurso oferece, dentro do seu modelo de direito penal mínimo em que busca uma política penal voltada à tutela máxima dos bens com o mínimo necessário de proibições e de castigos, quatro critérios que considera importantes para a orientação de uma política penal: o primeiro deles considera legítima as proibições somente quando estas se dirigem a impedir ataques concretos a todos os direitos fundamentais, isto é, não somente aos direitos individuais e liberais, mas também aos direitos coletivos e sociais; o segundo critério, diretamente relacionado ao primeiro, determina que “... nenhum

bem justifica uma proteção penal (...) se seu valor não é maior que o dos bens de que priva a pena" (Ferrajoli, 1995, p. 472); o terceiro critério refere-se à idoneidade das proibições penais no que se refere à tutela dos bens jurídicos. Segundo ele, todas as proibições que não possuem uma eficácia intimidante, em razão de outros motivos, que podem ser de ordem econômica ou social, devem ser consideradas injustificadas; o quarto e último critério refere-se à característica de subsidiariedade da política penal, no sentido de que esta só tem justificação, enquanto política de tutela de bens fundamentais, somente quando é subsidiária de uma política extra-penal de proteção dos mesmos bens. (Ferrajoli, 1995, p. 473)

O segundo nível de discurso, em que discute a questão relativa ao princípio da lesividade, é o nível jurídico-normativo. Observa que este princípio representa, quando incorporado aos ordenamentos jurídicos, uma das principais garantias do indivíduo ante proibições penais ilimitadas. Enquanto garantia jurídica constitucional atua como uma afiada navalha "...idônea para excluir, por serem injustificados, muitos tipos penais consolidados ou para restringir sua extensão mediante mudanças estruturais profundas." (Ferrajoli, 1995, p. 477) Neste sentido, representa um instrumento eficaz para o controle da inflação legislativa que assola os ordenamentos contemporâneos em matéria de proibições penais, à medida que evidencia a ilegitimidade interna de um grande número de normas jurídico-penais que, não obstante estarem vigentes, são inválidas por não se adequarem aos critérios por ele estabelecidos.

3.3.6. O princípio da materialidade da ação (*Nulla inúria sine actione*)

De acordo com este princípio, nenhum dano, por mais grave que seja, pode ser penalmente valorado, se não for resultado de uma ação. Por isso os delitos não podem consistir em atitudes ou estados de ânimo subjetivos, mas devem concretizar-se através de ações humanas empiricamente observáveis, pois somente estas podem produzir danos a terceiros. (Ferrajoli, 1995, p. 480).

O princípio da materialidade da ação, que também responde a questão relativa ao quando proibir, encontra seus fundamentos num utilitarismo jurídico e no princípio da separação axiológica entre direito e moral. De acordo com o critério utilitário a materialidade da ação é o pressuposto necessário para a lesividade ou a danosidade do resultado. Nesse sentido, qualquer proibição que dirija-se a atos internos seria inútil não somente porque o ato proibido não ocasiona dano algum, mas também porque a pena não serve para impedi-lo e sobretudo porque diante deles existe uma absoluta impossibilidade de controle.

O segundo fundamento é relativo ao princípio da separação entre direito e moral. Segundo este princípio somente os atos exteriores são suscetíveis de proibição penal, reservando-se os atos internos ao domínio específico e exclusivo da moral. Observado como limite da intervenção penal do Estado este princípio "... marca o nascimento da moderna figura do cidadão, como sujeito suscetível de vínculos em seu atuar visível, porém imune, em seu ser, a limites e controles; e equivale, do mesmo modo, à tutela de sua liberdade interior como pressuposto não somente de sua vida moral mas também de sua liberdade exterior para realizar tudo o que não está proibido." (Ferrajolli, 1995, p. 481). Traduz-se também no respeito à pessoa humana enquanto tal e no respeito a sua identidade, mesmo que desviada, garantindo-a contra qualquer tipo de prática corretiva destinada a transformá-la. Erige-se, portanto, como um princípio de legitimidade da dissidência e inclusive da hostilidade ante o Estado, garantindo a tolerância para com o distinto e a igualdade dos cidadãos, que poderão ser diferenciados, perante o sistema penal, somente por seus atos, mas não em razão de suas idéias, suas opiniões ou sua específica identidade pessoal.²⁷

²⁷ Ferrajolli acentua que o princípio da materialidade da ação sofreu ataques no final do século XIX de modelos substancialistas e subjetivistas. Dentre eles destaca o movimento engendrado pela escola positivista que com sua tese do criminoso nato abandonou a importância da ação, centrando a resposta penal na figura subjetiva da periculosidade. Observa que estas teses demarcam a crise da ação como garantia e representam a degeneração da pessoa humana, degradada à categoria de animal.

3.3.8. Princípio da jurisdicionalidade (*Nulla culpa sine iudicio*)

Paralelamente às garantias penais, Ferrajoli elabora um conjunto de garantias processuais expressas nos princípios da jurisdicionalidade, acusatório, da verificação e da ampla defesa. Estas garantias complementam as garantias penais pois representam, sob sua ótica, os instrumentos para sua efetivação.

“As garantias penais, ao subordinar a pena aos pressupostos substanciais do delito – lesão, ação e culpabilidade – serão efetivas à medida que sejam objeto de um juízo em que sejam asseguradas ao máximo a imparcialidade, a verdade e o controle. Por isso as garantias processuais, e em geral as normas que regulam a jurisdição, se chamam também instrumentais ante as garantias e as normas penais, designadas ao contrário como substanciais.” (Ferrajoli, 1995, p. 537)

A conexão entre as garantias penais e processuais reflete a necessária conexão entre lei e juízo e vale para afirmar o caráter de um sistema penal garantista: nele a jurisdição penal deve se configurar como uma jurisdição de afirmação da lei.

A garantia da jurisdicionalidade é considerada a principal garantia processual, uma vez que se constitui como pressuposto de todas as demais. Deve também, afirma Ferrajoli, estar estreitamente relacionada com o princípio da legalidade, porque estes são complementares em relação à função utilitária própria do direito penal: enquanto o princípio da legalidade assegura a prevenção das lesões previstas como delitos, o princípio da jurisdicionalidade assegura a prevenção das vinganças e das penas privadas. (Ferrajoli, 1995, p. 538).

Partindo de uma distinção entre jurisdicionalidade em sentido lato – que expressa as garantias da imunidade do cidadão ante as restrições arbitrárias, a

reserva absoluta do juízo e a presunção de inocência – e jurisdicionalidade em sentido estrito – que adota também os princípios processuais acusatório, da verificabilidade e ampla defesa – observa que o modelo processual garantista é o da estrita jurisdicionalidade. Esta, por seu caráter cognoscitivo, se orienta para a averiguação de uma verdade processual empiricamente comprovada. Nela a obtenção de uma verdade mínima é garantida

“....graças ao caráter empírico e determinado das hipóteses acusatórias, por cânones do conhecimento como a presunção de inocência, a carga da prova para a acusação, o princípio *in dubio pro reo*, a publicidade do procedimento probatório, o princípio do contraditório e o direito de defesa mediante a refutação da acusação.”(Ferrajoli, 1995, p. 541).

Num sistema processual garantista ou cognoscitivo a legitimidade do poder judicial e a validade de seus pronunciamentos não residem no valor político do órgão judicial ou num suposto valor intrínseco de justiça das suas decisões, mas fundam-se na verdade, mesmo que esta seja inevitavelmente relativa. Nele a jurisdição representa a atividade necessária para a obtenção da prova, pois sem ela não se pode considerar um indivíduo culpável submetendo-o a uma pena. Neste sentido, em virtude dos princípios da legalidade e da jurisdicionalidade, as sentenças judiciais exigem uma motivação que deve estar fundada nos fatos e também no direito. Para Ferrajoli (1995, p. 542), na jurisdição penal a verdade obtida mediante provas e refutações é também garantia de liberdade diante do abuso e do erro.

O princípio da jurisdicionalidade expressa também a garantia de presunção de inocência e a conseqüente refutação de qualquer espécie de prisão processual, assim como o valor relacionado à inderrogabilidade do juízo, no sentido de que somente através dele pode se realizar a atividade de produção da verdade penal e a conseqüente imposição da sanção penal.

Ferrajoli acentua que a atividade jurisdicional é uma atividade cognoscitiva que inclui momentos de decisão e momentos valorativos e o poder judiciário representa o conjunto de espaços de decisão que se dá através da interpretação de leis, da indução probatória, da avaliação eqüitativa e dos juízos de valor discricionários. O grau de garantismo de um sistema penal será determinado pelo conjunto de vínculos normativos que minimizam estes espaços discricionários. Nesse sentido, observa, estrita legalidade e estrita jurisdicionalidade, ainda que nunca plenamente realizáveis, são os sinais mais característicos de um sistema penal garantista. (Ferrajoli, 1995, p. 578).

3.3.9. Princípio acusatório (*Nullun iudicium sine accusatione*)

Diretamente relacionado ao princípio da jurisdicionalidade está o princípio acusatório. A separação entre o juiz e a acusação é o mais importante de todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório. Para Ferrajoli esta separação deve comportar não somente a diferenciação entre os sujeitos que desenvolvem funções de julgamento e de postulação – no sentido de impedir àqueles de procederem de ofício – como também o papel de parte para o órgão da acusação, colocado este em posição de paridade com a defesa, garantindo-se, com isso total ausência de poder da acusação sobre o imputado. (Ferrajoli, 1995, p. 567). A garantia de separação assim compreendida representa, sob sua ótica, não só uma condição essencial da imparcialidade do juiz em relação às partes como também o pressuposto da carga da imputação e da prova atribuídas à acusação.

No modelo processual acusatório fundem-se os princípios acusatório, da verificabilidade e da ampla defesa. Este constitui-se a partir da idéia do processo como relação triangular em que o juiz é concebido como terceiro separado da acusação (*nullum iudicium sine accusatione*), o autor é concebido como parte da acusação sobre o qual recai a carga da prova (*nulla accusatio sine probatione*) e

o réu como parte da defesa que tem o direito à refutação (*nulla probatio sine defensione*). Neste sentido acentua Ferrajoli:

"A separação do juiz da acusação,(...) supõe a configuração do processo como uma relação triangular entre três sujeitos, dois dos quais estão como partes na causa, e o terceiro supra-partes: o acusador, o defensor e o juiz. Esta estrutura triádica constitui (...) o primeiro sinal da identidade do processo acusatório. E é indispensável para que se garanta a neutralidade do juiz em relação aos interesses contrapostos - a de tutela frente aos delitos, representada pela acusação, e a de tutela frente aos castigos arbitrários, representada pela defesa - que ademais correspondem aos dois fins (...) que justificam o direito penal." (Ferrajoli, 1995, p. 581).

O modelo processual acusatório é considerado, uma vez delineado pelas garantias da carga da prova e da ampla defesa, como um modelo que garante uma verdade controlada pelas partes em causa e a liberdade do inocente ante o erro e o arbítrio.

3.3.10. Princípio da verificabilidade (*Nulla accusatione sine probatione*)

Partindo da afirmação de que o processo somente se justifica como técnica de minimização da reação social diante do delito e como técnica de minimização do arbítrio, Ferrajoli acentua que o mesmo deve se orientar por duas finalidades diversas: o castigo dos culpados mas, sobretudo, a tutela dos inocentes.

Estas duas finalidades podem, sob sua ótica, ser alcançadas em um processo do tipo acusatório em que a verdade é concebida como resultado de uma controvérsia entre partes contrapostas que portam, de um lado, o interesse no castigo do culpado e, de outro, a tutela do acusado que se presume inocente até prova em contrário. (Ferrajoli, 1995, p. 604)

Neste sentido o princípio da verificabilidade:

- impõe a carga da prova à acusação e exige que a hipótese acusatória seja confirmada por uma pluralidade de provas ou de dados probatórios²⁸;
- exclui qualquer forma de colaboração do imputado com a acusação, seja através de sugestões ou negociações;
- persegue uma verdade do tipo formal, a ser garantida através da máxima exposição da hipótese acusatória à refutação da defesa, ou seja, o livre desenvolvimento do conflito entre as partes do processo, portadoras de pontos de vista contrastantes;

3.3.11. Princípio da ampla defesa (*Nulla probatione sine defensione*)

Ferrajoli acentua que a atribuição da carga da prova para a acusação traz como contraponto óbvio a necessidade de garantia de ampla defesa. Esta consiste precisamente na institucionalização do poder de refutação da acusação por parte do acusado e representa a principal condição epistemológica da prova, posto que a refutabilidade da hipótese acusatória, através da defesa contraditória, é o maior instrumento de controle daquela. Neste sentido observa que mais importante que a necessidade da prova é a garantia do contraditório, ou seja, a possibilidade de refutação ou da contraprova, e salienta que se uma prova não deve ser suficiente para justificar a convicção do juiz sobre a verdade da acusação, uma única contraprova ou refutação é suficiente para justificar o convencimento contrário. (Ferrajoli, 1995, p. 150).

A produção da verdade, a partir de um processo contraditório não permite, sob sua ótica, juízos potestativos e requer, como tutela da presunção de inocência, um procedimento de investigação baseado no conflito entre partes contrapostas, ainda que este seja formalmente regulado. (Ferrajoli, 1995, p. 613).

²⁸ Ferrajoli (1995, p. 150) observa que a hipótese acusatória deve ser formulada de tal modo que implique a verdade de vários dados probatórios, pois uma hipótese verdadeira deve ser sempre fecunda, no sentido de que é idônea para explicar muito mais fatos do que aqueles para os quais tenha sido formulada. A pluralidade destas confirmações consiste na condição de garantia da prova pois, deste modo, além da comprovação de um dado probatório exige-se a comprovação de todo um sistema coerente de dados, com ele relacionado.

Esta concepção do processo como contenda expressa os valores democráticos de respeito à pessoa do acusado, da igualdade entre as partes e da necessidade da refutação da pretensão punitiva e sua exposição ao controle do acusado. Para que se desenrole com igualdade, representando efetivamente uma garantia para o acusado, são necessárias duas condições: a) a primeira exige que o imputado esteja assistido por um defensor em condições de competir com o órgão da acusação; b) a segunda diz respeito à possibilidade de que a defesa esteja dotada dos mesmos poderes da acusação, admitindo-se ela exerça seu papel contraditório em cada momento do procedimento e em relação a cada ato probatório.

3.4 Legitimação externa X Legitimação interna

Ferrajoli observa que a incorporação dos direitos naturais, sob a forma de direitos fundamentais, em grande parte das constituições a partir da modernidade, transformou em normas de legitimação interna ou jurídicas grande parte das fontes de justificação externa ou ético-políticas oriundas do pensamento contratualista e jusnaturalista ilustrado. Os princípios da igualdade, do valor da pessoa humana, do respeito aos direitos civis e políticos, as garantias penais e processuais de liberdade, afirmados inicialmente como direitos naturais, ao serem consagrados pelas constituições sob a forma de princípios normativos, passaram a estabelecer vínculos e limites jurídicos ao exercício do monopólio da violência física por parte do Estado. As doutrinas contratualistas, especialmente as de cunho liberal, representaram a base filosófica a partir da qual se construiu o fundamento ético-político do Estado de Direito e do controle penal moderno e a positivação dos direitos naturais, por ela descritos como direitos pré ou meta-jurídicos, garantiu a sua juridificação.

Neste sentido o principal resultado do processo de positivação dos direitos naturais foi a aproximação entre legitimação interna ou jurídica e legitimação externa ou política. Através deste processo foi superada, em larga medida, a dicotomia direito natural X positivismo jurídico, transformando-se a diferença entre ser e dever ser do direito (simbolizada na dicotomia direito x justiça) em uma diferença entre ser e dever ser no direito, configurada a partir das incoerências entre os diversos níveis normativos que compõem a estrutura normativa do Estado de Direito, ou mais especificamente entre validez e efetividade das normas jurídicas. Na complexa estrutura normativa do Estado de Direito, a crítica extra—sistêmica (ético-política) assume, ainda que não de forma absoluta, o caráter de crítica intra-sistêmica (jurídica)³⁰, sendo esta realizada a partir da análise do grau de efetividade das normas constitucionais e de validade das normas infra-constitucionais. Este grau determinará o nível de legitimidade interna de um sistema jurídico.

O processo de normativização, em nível constitucional, dos direitos fundamentais, não só redefiniu a estrutura normativa do Estado de Direito como também provocou, segundo demonstra Ferrajoli, a necessidade de redefinição das categorias legitimidade, validade, vigência e eficácia :

- a) A inclusão de princípios ético-políticos impõe a valoração ético-política das normas produzidas, constituindo-se tais princípios como parâmetros ou critérios de legitimidade não externos, mas internos. O problema de legitimidade interna passa, então, a se confundir com o problema relativo à validez dos atos normativos;
- b) A validez e a vigência, enquanto categorias jurídicas, não coincidem. Isto porque nos Estados Constitucionais existem normas acerca da produção de

³⁰ Importa ressaltar aqui que, para Ferrajoli, a análise intra-sistêmica ou jurídica não exclui a valoração meta ou extrajurídica de um sistema normativo. O critério de justiça, enquanto critério ético-político, é apontado por Ferrajoli como um critério importante de valoração ou de avaliação de uma norma, pois a redução absoluta da justiça à validez conduziria a um normativismo acentuado e ao rompimento com o pressuposto metodológico que orienta a construção do autor: qual seja, o da absoluta separação entre direito e moral.

outras normas que condicionam a validade das leis ao respeito de condições substanciais ou de conteúdo. Validade e vigência não se confundem, sendo vigentes as normas produzidas com respeito às condições formais estabelecidas em normas superiores e como válidas somente aquelas normas produzidas em conformidade com as condições substanciais. Vigência será equivalente à validade formal e validade será equivalente à validade substancial;³¹

- c) A distinção entre vigência e validade estabelecida afeta a legitimidade interna do sistema, que será dividida em legitimidade jurídico formal e legitimidade jurídica substancial. Assim, uma norma produzida de acordo com os requisitos formais e em desacordo com os requisitos substanciais determinados para sua produção será formalmente legítima (vigente), mas substancialmente ilegítima (inválida).

A transmutação de grande parte dos princípios ético-políticos em princípios de direito positivo assegurou a possibilidade de constituição de uma ciência normativa crítica. Deslocou a crítica externa ou ético política para o interior do sistema jurídico, transformando-a numa crítica interna ou jurídica apta a denunciar as incoerências entre os diversos níveis normativos e o desrespeito dos princípios normativos orientadores do controle penal. Assegurou deste modo a emergência de um direito penal crítico que, paralelamente à filosofia crítica e à sociologia criminal responsáveis pela crítica externa, torna-se apto a evidenciar os níveis de

³¹ Ao afirmar que nos Estados Constitucionais de Direito os conceitos de validade, vigência e eficácia não podem ser equiparados, Ferrajoli (1995, p. 871) propõe uma crítica às concepções normativistas e realistas (tradicionais) que não distinguem claramente tais categorias, reduzindo um destes aspectos aos demais. Ao realizar a crítica ao normativismo (expresso sobretudo pelo pensamento kelseniano) que equipara ou reduz a categoria da validade à vigência, afirmando que a determinação da validade depende exclusivamente do respeito às condições formais de produção normativa, e ao realismo, que assume como vigentes somente as normas efetivas, Ferrajoli observa que ambas as concepções são ideológicas ou unilaterais. As primeiras porque se limitam a contemplar o direito vigente (tomado por válido), ou seja, o dever ser normativo dos fenômenos jurídicos, esquecendo de contemplar o seu "ser" efetivo, confundido, por isso, "dever ser" com "ser". As segundas (realistas) porque contemplam somente o direito efetivo desconsiderando sua possível invalidez. Ao afirmarem que o direito não é o direito legislado, mas aquele que os indivíduos efetivamente aplicam em suas relações, reduzem a validade normativa à efetividade confundindo, por isso, "dever ser" com "ser".

ilegitimidade interna do sistema normativo, sempre que emanarem dos órgãos responsáveis pelo controle atos normativos (leis ordinárias, sentenças judiciais...) ou executivos que contrariem os princípios inscritos nas Constituições enquanto princípios limitadores da intervenção penal.

3.5 Estado Constitucional de Direito , Justiça penal e Democracia

Para Ferrajoli o Estado Constitucional de Direito caracteriza-se pela incorporação, em seus níveis normativos superiores, de limites não só formais mas também substanciais ao exercício do poder. Ele não designa simplesmente um Estado regulado pela lei, mas um modelo de Estado caracterizado pelo princípio da estrita legalidade que subordina o exercício do poder público a leis gerais e abstratas que estabelecem limites formais e também substanciais para este exercício. No plano formal a legalidade disciplina as formas mediante as quais o poder pode ser exercido e, no plano substancial, representa a funcionalização dos poderes públicos do Estado à tutela dos direitos fundamentais incorporados às Constituições.

Esses direitos representam os limites substanciais do exercício do poder porque estabelecem, por um lado, proibições, que significam impossibilidade de intervenção do Estado em determinadas esferas de liberdade do indivíduo e, por outro, obrigações, que exigem dele uma intervenção ativa, no sentido da efetivação de certos direitos.

Segundo observa Ferrajoli, no Estado Constitucional de Direito não existem poderes sem regulação. Nele a lei não é só condicionante, mas também está condicionada pelos conteúdos relativos aos direitos fundamentais. Os condicionamentos substanciais impõem, assim, limites às possibilidades de decisão por maioria estabelecendo, deste modo, uma dimensão substancial não só para o direito, mas também para a própria democracia.

A intangibilidade dos direitos fundamentais traz como consequência o fato de que em relação aos direitos de liberdade não se pode decidir, nem sequer por maioria, e, em relação aos direitos sociais, não se pode deixar de decidir, nem sequer por maioria. Tratam-se, portanto, de condicionamentos que procuram estabelecer um mínimo de direitos capazes de garantir o respeito pelas minorias e por seus direitos, dentro de um modelo democrático fundado nas maiorias. Assim, para Ferrajoli, no Estado Constitucional de Direito a democracia é mais do que um simples procedimento de validação ou de legitimação de decisões políticas, apresentando-se vinculada com os valores que inspiram o modelo jurídico e político. Nele a democracia já não pode ser vinculada à simples regra da maioria, em que tudo se decide por maioria, pois o respeito às minorias exige a defesa de um núcleo estável de direitos.

Nesta perspectiva Ferrajoli (1988, p. 03) observa que o Direito e o processo penal representam instrumentos ou condições de democracia, entendida esta em seu sentido substancial. Isso porque são um conjunto de preceitos destinados aos poderes públicos para estabelecer os limites de seu poder punitivo, ou seja, um conjunto de medidas asseguradoras dos direitos fundamentais dos indivíduos contra a arbitrariedade e o abuso no uso da força por parte do Estado. Afirma, contudo, que, desde uma perspectiva processual são necessários três pressupostos para a democratização (substancial) da justiça penal: o primeiro se refere aos níveis de legalidade dos poderes públicos, o segundo às fontes de legitimação do processo penal e terceiro se refere à ideologia e a cultura dos juízes e às dimensões da jurisdição.

O primeiro pressuposto é o monopólio legal da violência punitiva. Nesse sentido afirma que o processo de democratização da justiça penal passa necessariamente por uma redução significativa do sistema penal preventivo ou de polícia –dominado pelo direito penal e processual e administrativo e por formas amplas de discricionariedade administrativa – e sua substituição pelo sistema

penal ordinário –dominado pelos princípios da estrita legalidade, do reconhecimento das garantias da materialidade da ação, da concreta ofensividade do fato, da culpabilidade do autor, da presunção de inocência, do sistema acusatório, do direito de defesa, da publicidade, oralidade e legalidade do processo-. Passa também pela redução do sistema de abusos e de desvios formado pelas práticas legais e extralegais da polícia e pela redução entre normatividade e efetividade. (Ferrajoli, 1988, p. 07)

O segundo pressuposto é a independência da magistratura e dos magistrados em relação aos demais poderes do Estado. A jurisdição deve ser uma atividade estritamente cognoscitiva em relação ao fato e ao direito. Através dela deve se expressar uma verdade, ainda que relativa, constituída a partir da verificação empírica, sujeita à prova e à contraprova, aberta à negação e à confirmação através de um processo contraditório. A principal consequência deste fundamento cognoscitivo da função jurisdicional é que o poder judicial não admite uma legitimação do tipo representativa ou consensual. Neste sentido, afirma Ferrajoli, nenhuma maioria pode legitimar a condenação de um inocente e nenhum consenso político pode suprir a prova que falta para a condenação.

“Em um sistema penal garantista o consenso majoritário ou a investidura representativa do juiz não agregam nada à legitimidade da jurisdição devido a que, nem a vontade ou os interesses gerais, nem nenhum outro princípio de autoridade podem converter em verdade aquilo que é falso, ou vice-versa. E este nexó entre verdade e validade é o principal fundamento teórico da divisão dos poderes e da independência do poder judiciário no moderno Estado de Direito.” (Ferrajoli, 1988, p. 08) .

A terceira e última condição para uma justiça penal democrática relaciona-se a prática judicial. Desde um ponto de vista interno ou jurídico a jurisdição penal deve ser constituída a partir da Constituição, ou seja, a partir dos princípios e dos direitos fundamentais nela incorporados como parâmetros normativos de validade e desde um ponto de vista externo deve considerar os sujeitos titulares de direitos

fundamentais violador e insatisfeitos. Neste sentido compete tanto a juízes quanto a advogados a função de verificar o divórcio interno do ordenamento, ou seja, a antinomia entre os parâmetros constitucionais de validade e as leis vigentes e sua aplicação. Sob sua ótica, nos Estados Constitucionais de direito os juízes estão vinculados à lei constitucional e como tal devem pautar suas decisões pelo respeito incondicional aos direitos fundamentais dos cidadãos, apontando os níveis de ilegitimidade da legalidade ordinária. Do mesmo modo devem os advogados solicitar interpretações conforme a constituição ou declarações de inconstitucionalidade sempre que estiverem diante de atos normativos que afrontem aqueles princípios fundamentais. (Ferrajoli, 1988, p. 11)

A atividade jurisdicional assume, neste contexto, um papel de garantia do cidadão ante as violações de seus direitos fundamentais, por parte de qualquer um dos poderes do Estado. Isso porque o dogma da sujeição do juiz à lei não mais significa sujeição cega à letra da lei, independentemente de seu significado. No Estado Constitucional de Direito o juiz está sujeito à lei somente se esta for válida, ou seja, se sua produção houver respeitado os limites substanciais estabelecidos pela constituição. O juiz assume, assim, o papel de guardião da constituição através da valoração crítica e da determinação da validade ou invalidade de cada norma vigente. Sua sujeição à lei transmuta-se em sujeição à constituição, através da qual poderá consolidar a garantia dos direitos fundamentais. Neste sentido os juízes passam a operar como

“...instrumentos de crítica e como fatores de permanente deslegitimação. A constituição não realizada, os direitos proclamados e insatisfeitos equivalem a instrumentos de crítica e de questionamento da legalidade viciada e a orientações judiciais respectivas”. E por isso representam “.. elementos de transformação do ordenamentos no sentido progressivo” e a jurisdição assume o papel de “propulsão no processo de democratização do ordenamento.” (Ferrajoli, 1988, p. 12).

Vislumbra-se, deste modo, que na perspectiva teórica desenvolvida por Ferrajoli, o papel a ser desempenhado através da atividade jurisdicional é absolutamente relevante. Através dela acredita ser possível a afirmação, ainda que não de forma absoluta, dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos. Neste sentido pode-se dizer que o autor manifesta com sua "teoria garantista" uma profunda crença no Direito enquanto instrumento de efetivação de direitos humanos, vinculando-a a uma atuação comprometida daqueles que, nas mais variadas instâncias, operam com a lei.

Capítulo IV

OS MODELOS PENAIS MINIMALISTAS NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO

4.1. Os modelos minimalistas de Baratta e Ferrajoli – convergências e divergências

A análise dos modelos minimalistas propostos por Alessandro Baratta e Luigi Ferrajoli conduz, necessariamente, a uma reflexão em torno de seus pontos de convergência e de divergência.

Inicialmente é preciso ressaltar que se tratam de sólidos modelos teóricos, que não enfrentam a questão relativa ao sistema de controle penal a partir de uma perspectiva meramente pragmática e eficientista, comprometida exclusivamente com o reforço da ideologia da defesa social. Tratam-se de modelos que, comprometidos com a tutela dos direitos humanos, propõem-se a avaliar o papel que o Direito e o sistema penal podem ou não exercer em relação a esta tarefa.

Possuem em comum o fato de defenderem o princípio da legalidade e todas as demais garantias formais e o rígido controle da violência punitiva através de um sistema de regras de direito que definem de forma clara e eficaz os limites do poder punitivo do Estado. Não obstante isso, existem diferenças importantes entre os dois modelos.

O programa minimalista de Ferrajoli é definido a partir de uma contraposição ao programa abolicionista. Parte da idéia de que o Direito Penal e o sistema de justiça criminal podem legitimar-se por uma função que, se não

cumprem, deveriam cumprir na sociedade, ou seja, a defesa e a proteção dos mais fracos, através da substituição das reações privadas por reações públicas controladas através do direito. Apesar de considerar a histórica ineficácia dos sistemas penais como sistemas de proteção dos mais fracos e de reconhecer que eles têm servido mais à violação dos direitos humanos do que à sua tutela, Ferrajoli considera que somente o elemento empírico de falta de realização dos fins úteis atribuídos ao Direito Penal não é razão suficiente para sua abolição ou sua substituição. Apesar de criticar os sistemas punitivos vigentes, propõe uma reforma a ser realizada sob o signo da intervenção penal mínima, no sentido da afirmação dos direitos humanos dos mais fracos, defendendo a instrumentalidade do sistema penal para este fim. Ferrajoli crê, portanto, que o Estado, ao monopolizar a força excluindo o exercício arbitrário por parte de sujeitos não autorizados, pode proteger os réus e inocentes suspeitos de crimes contra vinganças ou reações arbitrárias públicas ou privadas e que pode, do mesmo modo, através da proibição e da ameaça penal, proteger as possíveis partes ofendidas contra os delitos. As duas finalidades preventivas – prevenção de delitos e de penas arbitrárias – conectam-se entre si para construir o fundamento legitimante do sistema, pois afirmam a necessidade política do Direito Penal como instrumento de tutela dos direitos fundamentais.

Neste sentido, partindo do reconhecimento do efetivo predomínio de um sistema de controle informal, em que as garantias penais e processuais são abdicadas, Ferrajoli afirma que talvez, hoje, as alternativas ao Direito Penal não sejam utópicas, mas o próprio direito penal e suas garantias. A utopia não é o abolicionismo, mas o garantismo porque

“....o abolicionismo penal, muito além de suas intenções libertárias e humanitárias, se configura, por tudo isso, como uma utopia regressiva que, sob os pressupostos de uma sociedade boa e de um Estado bom, apresenta modelos em realidade desregulados ou auto-regulados de vigilâncias e/ou castigos face aos quais é o direito penal – com seu complexo, difícil e precário sistema de garantias – que

constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista." (Ferrajoli, 1995, p. 341).

Para Ferrajoli o Direito e o Processo Penal podem constituir-se, inclusive, como instrumentos ou condições de democracia, a medida que contribuem para minimizar a violência punitiva. Para realizar esta tarefa devem ser, prioritariamente, um conjunto de preceitos destinados aos poderes públicos para estabelecer limitações ao seu poder punitivo do que um conjunto de normas destinados aos cidadãos para estabelecer limitações a sua liberdade, ou seja, deve significar um conjunto de garantias que visa assegurar os direitos fundamentais do cidadão contra a arbitrariedade e o abuso da força por parte do Estado. Neste sentido, o nexó funcional que existe entre a jurisdição (inclusive a penal) e a democracia não se estabelece a partir de uma concepção formal de democracia, entendida como vontade das maiorias, mas se refere a uma concepção substancial que se expressa na tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos e de seus interesses primários, dentre os quais situam-se os direitos de liberdade. (Ferrajoli, 1988, p. 03).

Pode-se afirmar, portanto, que, em seu conjunto, a análise proposta por Ferrajoli representa a mais elaborada tentativa de racionalização do poder repressivo do Estado e, portanto, de sua legitimação discursiva, a partir da afirmação de fins úteis que podem ser alcançados pelo Direito e pelo sistema penal. Ela é coerente com o fundamento contratualista do Estado e do direito que organiza suas reflexões. A superação da condição natural dos homens pelo contrato pode ser entendida como a transformação do poder e da violência individual, características do estado de natureza, em dimensões públicas. Isso significa que na concepção de Ferrajoli seria inconcebível pensar a abolição do sistema penal. No máximo pode-se pensá-lo como forma de controlar a violência penal, jamais eliminá-la.

Pode-se, a partir desse ponto, começar a estabelecer a diferença entre a proposta minimalista de Ferrajoli e a de Baratta. O projeto minimalista de Baratta

tem um significado diverso, que não se dirige à legitimação do sistema penal. Isso porque, sob sua ótica, o sistema penal não é capaz de, com seus instrumentos, garantir a consolidação da "sociedade boa", ou seja, da sociedade fundada na negação da exclusão e na afirmação efetiva de todos os direitos. Ao contrário, ele representa a instituição que, no âmbito do Estado, organiza a repressão aos comportamentos socialmente indesejáveis, aqueles que potencialmente são capazes de produzirem a desagregação da ordem estabelecida. Portanto, a reprodução das sociedades fundadas na desigualdade social não é possível sem a instituição de um sistema profundamente repressivo.

O modelo minimalista de Baratta fundamenta-se na negação do sistema repressivo estatal, na relação que este guarda com a consolidação das assimetrias sociais. Partindo-se do pressuposto de que essas dimensões – repressão e desigualdade social – mantêm íntima relação, essa mudança é condição para instaurar uma sociedade capaz de afirmar os direitos fundamentais de todos os homens, em que cada um e todos podem reconhecer-se como iguais e diferentes.

A defesa de um Direito Penal mínimo não representa, neste enfoque, uma contraposição ao ideal abolicionista mas, ao contrário, emerge a partir da aceitação da mesma premissa que orienta todo o programa abolicionista. (Baratta, 1990, p.141). Esta premissa não consiste somente na demonstração de que os sistemas punitivos vigentes fracassaram em seus objetivos declarados e de que não cumprem funções úteis, que possam compensar os custos da violência punitiva, mas que "... estruturalmente é impossível que o sistema de justiça criminal (...) possa cumprir funções úteis com custos sociais proporcionais". (Baratta, 1990, p. 142).

Baratta considera que o sistema de justiça criminal pode realizar somente funções simbólicas em relação aos problemas sobre os quais intervém e que não está capacitado para realizar as funções instrumentais que declara. Seu projeto

minimalista parte da aceitação da presença de fato, na sociedade, deste sistema deslegitimado e da dificuldade política e cultural de substituí-lo a curto ou médio prazo. Baratta não se preocupa em estabelecer uma justificação global para a conservação do sistema penal. Propõe um conjunto de respostas aos diversos problemas da justiça criminal que, situados no campo do direito, da administração pública e da auto-organização comunitária possam diminuir, de um lado, o alto nível de criminalização formal e, de outro, a demanda pública pela justiça penal.

A versão minimalista proposta por Baratta aproxima-se, portanto, das posições abolicionistas. Ele considera, contudo, que a substituição do sistema de justiça criminal não pode ser alcançado senão passando por uma fase de transformação do Direito Penal e de seu discurso oficial. Esta transição pode ser assegurada por um programa de Direito Penal mínimo que venha acompanhada "...de uma ação de mobilização política e cultural que faça da questão criminal uma questão política crucial, interpretando-a à luz dos conflitos que caracterizam a sociedade em geral". (Baratta, 1990, p. 145). Sob esta ótica, uma ampla política de descriminalização, acompanhada de experimentos em que se utilizam intervenções alternativas à justiça criminal, são uma via politicamente exeqüível.

"Quando o público, os políticos e os meios de informação tenham registrado uma limitação do sistema de justiça criminal, acompanhada da colocação em prática de formas alternativas de intervenção, em lugar de criar um vazio de proteção (...) esta pode determinar uma situação mais favorável e mais justa: então será mais fácil que se fomentem os processos culturais e políticos que permitam a superação dos obstáculos que dificultam os programas de política alternativa à política penal". (Baratta, 1990, p. 144).

Não obstante Baratta tenha expresso, em suas manifestações mais recentes, uma posição mais aberta e tolerante em relação a defesa de um residual e subsidiário Direito Penal Mínimo para os casos de graves violações de direitos humanos, ele mantém todos os fundamentos de sua política penal minimalista, sobretudo no que diz respeito a necessidade de superação ideológica e cultural do

pensamento punitivo e, também, nas relações que estabelece com o abolicionismo penal. Isso porque, ao indicar a necessidade de proposição de estratégias de proteção dos direitos, a serem elaboradas por “sujeitos coletivos” multidisciplinares e multiagenciais, afirma a necessidade de serem estabelecidas intervenções, através de distintas políticas públicas, que se refiram a defesa integral de todos os direitos para todos os cidadãos.

Neste sentido, é que considera necessário e propõe, ainda que por puras finalidades metodológicas, o esquecimento da proteção penal dos direitos, para que, a partir disso, sejam reforçadas as políticas de justiça social e de igualdade. Estas, como instrumentos de afirmação de direitos, poderão ter efeitos positivos, inclusive no campo do controle da criminalidade e dos processos de criminalização. Não se trata, é claro, de criminalizar a política social, realizando-a com exclusivas finalidades de controle de comportamentos indesejados, mas se trata de reconhecer e garantir os direitos daqueles que, enquanto sujeitos, devem tê-los reconhecidos para não ficarem a margem dos processos sociais, na condição de excluídos.

A consolidação de uma política integral de proteção dos direitos exige que o Estado ofereça respostas às necessidades de segurança de todos os direitos, inclusive os que exigem dele uma prestação positiva. Neste sentido é que, sob a perspectiva proposta por Baratta, o Direito Penal Mínimo ou o Direito Penal da Constituição só pode subsistir se integrado em uma política integral de proteção de todos os direitos. Isso porque

“.....a necessidade de segurança dos cidadãos não é somente de proteção contra a criminalidade e dos processos de criminalização. A segurança dos cidadãos corresponde a necessidade de estar e de sentir-se protegidos no exercício efetivo de todos os direitos: direito à vida, à liberdade, ao livre desenvolvimento da personalidade e das próprias capacidades, direito de expressar-se e de comunicar-se, direito à qualidade de vida, assim como o direito a controlar e

a influir sobre as condições das quais depende, em concreto, a existência de cada um." (Baratta, 2000, p. 48).

Partindo destas considerações é que se pode notar que a perspectiva minimalista de Baratta não tem como objetivo central a construção de uma nova legitimidade para os sistemas penais. Antes disso, ela se presta a compreender, desde uma perspectiva crítico-descritiva, o papel desempenhado pelos sistemas penais enquanto instrumentos de manutenção da violência estrutural, e, desde uma perspectiva prospectiva, a indicar estratégias que, situadas fora do campo penal, possam conduzir à redução dos níveis desta forma de violência e dos processos de exclusão a ela inerentes. Neste sentido, se o autor fala, em seus últimos escritos, em um residual e subsidiário Direito Penal mínimo, ele o coloca sempre dentro de uma estrutura social marcada pela adoção de estratégias múltiplas, dirigidas à proteção integral de todos os direitos, pois somente em uma estrutura social deste tipo um Direito Penal mínimo, elaborado e dimensionado a partir dos limites constitucionais, poderia ser considerado legítimo.

4.2 O minimalismo penal como instrumento para a redução da violência punitiva.

Apesar de notavelmente diversas, as posturas minimalistas aqui apresentadas compartilham a tese da necessidade de fortalecimento dos vínculos que condicionam a atuação punitiva do Estado e da conseqüente redução dos níveis de violência institucional que marcam os sistemas penais contemporâneos³². Partindo do reconhecimento dos altos níveis de violência

³² Mesmo quando imposta no estrito marco normativo, a pena representa uma forma de violência que será tão maior quanto menor for o sistema de vínculos normativos impostos aos poderes públicos e quanto mais invasivas forem as medidas de caráter penal (penas) e processual admitidas. A realidade dos sistemas punitivos tem sido sempre, em grande medida, distinta daquela modelada pelas normas de direito penal e pelo discurso oficial do sistema criminal. Tal distinção deriva em síntese, de três aspectos: 1. do alto nível de seletividade do sistema, que se manifesta através do alto grau de imunização que, comparado ao grau de criminalização, demonstra a desigualdade de sua atuação; 2. da espetacular fenomenologia da ilegalidade do poder, levada a cabo por órgãos da justiça criminal, notadamente aqueles responsáveis pela persecução criminal e pela execução da pena; 3. do desenvolvimento de subsistemas penais paralelos, subterrâneos, ocultos, através dos quais se instaura um sistema de julgamentos e punições, que se operam totalmente à

penal, que se manifestam pela vigência de sistemas penais máximos – em que o grau de criminalização primária é excessivo, as penas são altamente severas e as garantias penais e processuais, não obstante reconhecidas em âmbito constitucional, são abandonadas pela legislação ordinária – ou pela vigência de sistemas penais arbitrários e desiguais – cuja realidade operacional é totalmente distinta daquela modelada pelas normas penais -, elas buscam traçar estratégias destinadas à redução desta violência e à afirmação efetiva dos direitos humanos dos condenados.

A constatação de que boa parte da função punitiva se realiza fora do direito, apesar das conquistas alcançadas na história das constituições modernas pelas teorias liberais da pena, leva-os a afirmar a necessidade de, em primeiro lugar, colocar toda a violência penal sob o controle exclusivo da lei. Trata-se, portanto, de reafirmar a legalidade como princípio limitador da atuação punitiva, e fazer dela, a partir de uma perspectiva não só formal mas também substancial, um importante instrumento de defesa de direitos humanos dos acusados.

A limitação da violência penal passa, em segundo lugar, pela redução significativa, no campo legal, do âmbito de abrangência do sistema punitivo. Esta redução dar-se-ia através de amplos processos de descriminalização e de despenalização. Neste sentido Baratta observa que os processos de

margem do sistema legal e que tem sido protagonizado, em regra, por organismos ligados a segurança do Estado;

A distância que separa a realidade operacional dos sistemas penais do conjunto de normas que pretende vinculá-la tem sido frequentemente denunciada. Referindo-se a ela Zaffaroni (1988, p.18) observa que na América Latina o controle social punitivo além de aparecer como controle punitivo institucionalizado, aparece como controle social punitivo paralelo (parainstitucional). Aquele é regulado por um conjunto de normas legais e este funciona à margem de qualquer legalidade. A observação leva Zaffaroni a concluir que estes tem como preço a eliminação de um grande número de vidas; que não são racionais pois, em nível normativo criminalizam quase toda a comunidade, não possuindo meios senão para realizá-lo efetivamente contra uma minoria; que, apesar de proclamarem como objetivo a prevenção do crime e a ressocialização dos criminosos, em realidade produzem efeitos contrários.

A obra "Rota 66 – A história da polícia que mata", de Caco Barcellos, é uma importante demonstração da existência de um subsistema penal paralelo no Brasil. Neste sentido também ver ELBERT, Carlos Albert. Las Cárceres de América Latina: ¿Qué ofrecen para el tercer Milênio? In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, 2000, p. 107-128, um importante estudo sobre o número de mortes ocorridas nas duas últimas décadas nos cárceres da América Latina. Ver ainda CALDEIRA, Cesar. Caso do Carandiru: um estudo sociojurídico. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais . n. 29. São Paulo : RT, 2000, que trata do massacre na Casa de Detenção, onde 111 presos foram mortos pela polícia militar.

descriminalização deveriam ser orientados: a) pelo *princípio da resposta não contingente*, que implica a utilização da lei penal somente como resposta a problemas sociais fundamentais gerais e duradouros; b) pelo *princípio da proporcionalidade abstrata*, que determina que somente graves violações aos direitos humanos sejam objeto da intervenção penal; c) pelo *princípio da implementabilidade administrativa da lei*, que implica no redimensionamento da programação normativa no sentido de ser ela adequada à capacidade operacional do sistema; d) pelo *princípio do respeito às autonomias culturais*, que implica a impossibilidade de se manterem criminalizados comportamentos considerados normais em subculturas determinadas; e) pelo *princípio do primado da vítima*, que implica na desnecessidade de o direito penal tutelar bens que vão além do interesse das vítimas. Aliados aos princípios antes enunciados, Baratta aponta outros que, numa perspectiva extra-sistêmica, contribuiriam para que a redução do controle social formal não viesse acompanhada da ampliação do controle informal. São eles o *princípio da não intervenção útil* e o *princípio da privatização dos conflitos*.

Para Ferrajoli são os princípios da lesividade e da necessidade que podem orientar atitudes descriminalizantes e despenalizadoras: a) o *princípio da lesividade* que exige que toda proibição penal que se refira a comportamentos meramente imorais ou que se relacionem a estados de ânimo pervertidos seja excluída. Através dele busca tutelar a liberdade pessoal de consciência e de crença, exigindo tolerância a toda atitude não lesiva para terceiros; b) o *princípio da necessidade*, que exige que se recorra à pena somente quando esta representar um mal menor do que o representado pela prática do delito ou pela reação informal que contra ele poderia se dar. A necessidade da pena deve ser orientada pela necessidade de tutela dos bens fundamentais e somente quando estes não puderem ser tutelados de outro modo.

Do mesmo modo que a descriminalização, a despenalização representa, especialmente na perspectiva minimalista de Ferrajoli, um importante instrumento de contenção da violência punitiva. A idéia de despenalização pode ser trabalhada num duplo sentido: 1. como atitude mediante a qual se retira o ilícito do âmbito criminal, mantendo-o exclusivamente em outros campos jurídicos como o direito civil ou administrativo, em que resposta penal pode ser substituída pela resposta restitutiva, por exemplo; 2. como atitude mediante a qual a pena carcerária, uma das mais violentas respostas penais, seja totalmente reformulada através de um somatório de medidas que vão desde sua gradativa substituição por outras medidas de carácter penal até a redução do seu tempo de duração, assim como a exclusão de todas as formas de tratamento carcerário fundadas na idéia da prevenção especial (ressocialização).

Analisando os princípios da lesividade e da proporcionalidade como princípios orientadores das tarefas de descriminalização e de despenalização, Ferrajoli acentua que os mesmos são de fundamental importância. Em primeiro lugar porque podem orientar, numa perspectiva externa ou ético-política, a elaboração de uma política penal mínima. Em segundo lugar porque, uma vez incorporados aos ordenamentos jurídicos, sob a forma de preceitos constitucionais, representam uma das principais garantias ante às proibições penais ilimitadas. E como garantia jurídica constitucional podem funcionar como excelente instrumento para a exclusão de muitos tipos penais consolidados na legislação penal ordinária, assim como para reduzir o nível de penalização imposta.

Ferrajoli observa, portanto, que a consolidação de um modelo de direito penal mínimo e garantista, fundado nos princípios e nos direitos fundamentais incorporados às constituições, pode ser garantido, ainda que não de forma absoluta, através da atividade jurisdicional. Por partir de uma concepção substancial de democracia, ou seja, na idéia da intangibilidade dos direitos

fundamentais, em relação aos quais não se pode decidir nem sequer por maioria, e na distinção entre as categorias validade e vigência observa que, desde um ponto de vista interno ou propriamente jurídico, cabe aos juízes e advogados identificarem o divórcio existente entre os diversos planos do ordenamento, apontando as antinomias entre o dever ser e o ser efetivo, isto é, as antinomias entre os parâmetros constitucionais de validez e as leis vigentes e sua aplicação. Nos Estados constitucionais de direito os juízes estão vinculados à lei constitucional e, como tal, devem pautar suas decisões pelo respeito incondicional aos direitos fundamentais dos cidadãos, apontando os níveis de ilegitimidade da legalidade ordinária. Do mesmo modo, devem os advogados solicitar interpretações conforme a constituição ou declarações de inconstitucionalidade sempre que estiverem diante de atos normativos que afrontem aqueles princípios fundamentais. Nestes Estados a atividade jurisdicional possui um outro sentido e valor. Nela os juízes

“... operam como instrumentos de crítica e como fatores de permanente deslegitimação. A Constituição irrealizada e os direitos proclamados e insatisfeitos equivalem a instrumentos de crítica e de questionamento à legalidade viciada e às orientações judiciais respectivas. Representam também (...) elementos de transformação do ordenamento em sentido progressivo. Sob estes aspectos, o processo penal e a jurisdição adquirem um caráter propulsor no processo de democratização do ordenamento. E a figura do juiz (...) pode ser caracterizada como a de um reformador (....) chamado, (...) não para a obtusa aplicação da lei, mas a sua crítica e censura, adequando-a cada vez, e alguma vez para sempre, aos altos valores da Constituição....” (Ferrajoli, 1988, p. 12).

A compreensão de que o sistema penal representa uma realidade insuperável a curto ou médio prazo nos conduz a afirmar que tanto as propostas minimalistas de Baratta como as de Ferrajoli aparecem como importantes instrumentos de luta para a contenção da violência penal. As estratégias traçadas por eles, e que podem ser desenvolvidas a partir dos campos político, ideológico-cultural e jurídico, não são contraditórias mas complementares.

O modelo de Baratta centra-se no desenvolvimento de estratégias situadas, especialmente, nos campos político e ideológico-cultural, oferecendo indicações programáticas que apontam, numa perspectiva intra-sistêmica, os requisitos para a introdução ou manutenção das figuras delitivas na lei penal e que se referem, numa perspectiva extra-sistemática, a critérios políticos e metodológicos para a descriminalização e para a construção, desde uma perspectiva multiagencial e multidisciplinária, dos conflitos sociais e das situações socialmente negativas de uma forma alternativa àquela oferecida pelo sistema penal.

O modelo de Ferrajoli oferece, todavia, um suporte teórico considerável para a atuação daqueles que exercem funções relacionadas à administração da "justiça penal" e que se deparam, cotidianamente, com os níveis de violência do sistema, que se manifestam não só através da aplicação de medidas ilegais ou arbitrárias, mas sobretudo através da emergência de legislações penais de exceção, flagrantemente violadoras dos preceitos constitucionais.

4.3. Os limites do minimalismo penal como instrumento para a afirmação dos direitos humanos

Não obstante ser extremamente válida a construção garantista de Ferrajoli, pois, numa perspectiva intra-sistêmica, oferece importantes subsídios para a consolidação parcial de um Direito Penal mínimo baseado na afirmação jurisdicional dos direitos fundamentais dos acusados, é necessário colocar em questão sua doutrina de justificação do Direito Penal que, construída a partir de

critérios ético-políticos, busca legitimar o controle penal como importante instrumento para a defesa dos direitos humanos.

Como vimos, o modelo proposto por Ferrajoli, além de oferecer indicações intra-sistêmicas dirigidas ao controle da expansão punitiva, busca estabelecer uma nova legitimidade para o controle punitivo. Esta centra-se na idéia do Direito Penal mínimo como instrumento apto à defesa dos direitos humanos dos mais fracos (vítimas e acusados), cuja realização far-se-ia pela prevenção de delitos e pela prevenção de penas informais. Em relação a esta argumentação pode-se levantar algumas questões.

Em primeiro lugar, a idéia de prevenção geral dos delitos, através do Direito Penal, parte de um pressuposto empírico não demonstrado, qual seja, a idéia de que a ameaça penal é um instrumento hábil para a dissuasão do comportamento criminoso (prevenção geral). Apesar de não apontar o sistema penal como principal fator criminógeno, ele próprio reconhece os complexos fatores sociais, psicológicos e culturais que se encontram na raiz dos delitos, afirmando a dificuldade de sua neutralização através do instrumental penal.

Em segundo lugar, pode-se duvidar que o direito penal seja ou possa vir a ser o instrumento mais eficaz para prevenir reações informais arbitrárias e violentas. Neste sentido, é plausível afirmar, como faz Paulo Queiroz (1999, p. 123), que "... no mundo dos fatos, inexistente esta equação inexorável: crime + falta de repressão penal = reação arbitrária". As reações arbitrárias podem ocorrer mesmo quando há a intervenção do sistema punitivo, como o demonstra o sistema penal subterrâneo, ou podem não ocorrer mesmo nos casos em que o sistema deixa de atuar.

A realidade operacional demonstra que a efetiva atuação do sistema penal é excepcional, já que a maior parte dos comportamentos criminosos ficam imunes a qualquer tipo de intervenção estatal, e nem por isso generalizam-se vinganças

privadas contra aqueles que violaram a norma penal e não foram objeto da intervenção punitiva. Como assinala Zaffaroni, no plano real ou social, a experiência já demonstra suficientemente que é desnecessário o exercício do poder do sistema penal para evitar-se a generalização da vingança.

“A regra invariável da inoperância geral do sistema penal diante dos conflitos mais graves e massivos excepcionalmente dá lugar a vinganças; o que acontece é que os casos muitos isolados são altamente alardeados, instigando imitação e inventando-se uma realidade que contribui para fortalecer e reforçar a justificativa do exercício de poder do sistema penal.” (Zaffaroni, 1991, p. 106).

Em que pese o brilhantismo da obra de Ferrajoli, a nosso ver o problema da legitimação do sistema penal carece de uma fundamentação mais convincente. Apesar de afirmar que os fins em si não podem ser deslegitimados pelas funções empiricamente realizadas pelo sistema, é forçoso considerar que a verdadeira compreensão do sistema penal só se faz a partir de uma análise das relações entre fins (declarados) e funções (cumpridas). Neste sentido, o que se observa é que, na história do controle punitivo, aqueles representaram apenas instrumentos para a legitimação simbólica de um sistema que de fato se compromete, não com o controle, mas com a reprodução da violência, sobretudo da sua forma mais cruel, que é a violência estrutural.

Concordando com Baratta (1993, p. 46-48), pode-se afirmar que à tese de que o Direito Penal mínimo assegura ou possa vir a assegurar a proteção dos direitos humanos, podem se opor dois argumentos: O primeiro deles se sustenta em dados empíricos que demonstram que o sistema penal, além de ser uma forma de violência institucional, desempenha historicamente um papel fundamental na manutenção da violência estrutural, que é, sem dúvida, a pior forma de violação dos direitos humanos. O combate à violência estrutural, em cujo seio emergem todas as demais formas de violência na sociedade, não tem o

campo penal como melhor espaço de batalha, devendo desenvolver-se sobretudo no horizonte de uma política integral de defesa dos direitos humanos.

O segundo argumento relaciona-se ao caráter prospectivo do Direito Penal, como instrumento de defesa dos direitos humanos, e se refere a tese, defendida por Ferrajoli, de que se o sistema não cumpre com as funções que declara nada impede que este venha a cumpri-las. Parece difícil comprovar a eficiência do Direito Penal para este fim: primeiro, porque a resposta punitiva representa, por sua própria natureza, sempre uma forma de duplicação da violência - como reação à violência do crime produz-se a violência da pena; segundo, porque o direito e o sistema penal, além de perceberem a questão da violência de uma forma parcial reduzindo-a à idéia de violência individual, intervêm somente sobre os seus efeitos e não sobre as suas causas, incidindo sobre os comportamentos através dos quais se manifestam os conflitos e não sobre os próprios conflitos; e, terceiro, porque o controle penal intervêm apenas de maneira reativa e não preventiva, atuando somente quando as consequências dos delitos já se produziram, representando uma resposta meramente superficial, que não chega à raiz dos conflitos. (Baratta, 1993, p. 50-51)

Neste sentido, vale a observação de Baratta: "mesmo num hipotético sistema de justiça criminal que funcione de acordo com os princípios constitucionais do Estado de Direito e do direito penal liberal, a pena não pode representar uma defesa adequada dos direitos humanos em relação à violência. Não é possível afirmar, portanto, um efeito relevante da pena na diminuição das infrações à norma." (Baratta, 1993, p. 51). Isso porque os direitos humanos não encontram e não podem encontrar no direito penal uma proteção adequada sobretudo porque a intervenção do sistema sobre os conflitos é meramente simbólica e não apresenta e nem pode apresentar uma solução efetiva para eles. Neste sentido é que se pode afirmar, como faz Baratta, que o controle das situações de violação dos direitos humanos deve ser baseado em estratégias que levem em consideração toda a fenomenologia da violência e não apenas uma

parte dela, ou seja, em estratégias que se destinem ao controle da violência estrutural, que representa a principal forma de supressão de direitos humanos.

Diante do exposto, parece importante concordar com Zaffaroni (1991, p. 106) quando este afirma que o minimalismo penal deve ser uma proposta apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável, mas como passagem para o abolicionismo, no sentido de conduzir a busca incessante por instrumentos distintos do punitivo, para o enfrentamento das situações negativas e problemáticas. Isso porque aquele

“...parece estar deslegitimado tanto em termos empíricos quanto preceptivos, uma vez que não vemos obstáculo à concepção de uma estrutura social na qual seja desnecessário o sistema punitivo abstrato e formal...”. Sob sua ótica, “...não se deve excluir a possibilidade de um modelo de sociedade que (...) corresponda a uma intervenção penal mínima, e encontrar, finalmente, a forma de resolver os conflitos suprimindo, inclusive, este direito penal mínimo. Deste ângulo, o direito penal mínimo apresentar-se-ia como um momento do caminho abolicionista.” (Zaffaroni, 1991, p.105).

O minimalismo penal deve, portanto, ser concebido não como um instrumento de legitimação do sistema penal, mas antes como uma concepção que, partindo do reconhecimento da ilegitimidade do controle punitivo, represente um espaço importante de luta no caminho para o abolicionismo. Para isso deve vir acompanhado, necessariamente, de uma ampla reflexão social em torno das funções de fato cumpridas pelo sistema, da sua ineficácia como sistema de proteção de direitos, e sobretudo da superação cultural da ideologia punitiva. Esta superação pressupõe o rompimento com a crença de que o controle punitivo (formal ou informal) seja o melhor instrumento para a resolução de situações conflitivas ou problemáticas presentes na sociedade.

O rompimento com a ideologia punitiva pode trazer como consequência o fato de que, mesmo sem a intervenção punitiva do Estado, os indivíduos

particulares abdicuem da vingança para o enfrentamento das situações problemáticas em que se encontram envolvidos, buscando outros caminhos para compreendê-las e resolvê-las. Este é sem dúvida, um caminho longo e tortuoso, que passa necessariamente pela superação gradativa do controle penal formal e que indica para um novo modelo de sociedade, totalmente diverso da sociedade punitiva e excludente em que vivemos. Uma sociedade centrada no reconhecimento da pessoa humana e, por isso, mais igualitária e tolerante para com a diversidade.

4.4. O minimalismo penal no contexto político-econômico do capitalismo contemporâneo

O conjunto de críticas que constitui o impulso desestruturador do sistema penal conduziu, acentua Cohen (1988, p. 56), a partir dos anos 60, a um suposto movimento de desestruturação e de rearticulação do sistema penal numa perspectiva minimalista: descentralização, desinstitucionalização, descarcerização, controle comunitário, medidas alternativas à prisão etc... passaram a ser medidas defendidas em grande parte das discussões acadêmicas sobre os sistemas penais.

Os dados operacionais dos sistemas penais demonstram, contudo, a existência de uma profunda brecha entre a retórica do movimento desestruturador e a realidade do sistema de controle do desvio. Não obstante, as propostas de contração da esfera punitiva, em seu conjunto, o sistema se expandiu, pois passou a submeter grupos novos de desviados ao poder do Estado e passou a incrementar o poder e a intensidade do controle dirigido aos grupos de desviados historicamente eleitos pela justiça criminal.

Ainda que sem generalizações, pois estas seriam temerárias, pode-se afirmar que nas últimas décadas houve uma ampliação do âmbito de abrangência do controle punitivo e esta manifestou-se: a) pela ampliação dos níveis de

criminalização primária, com o incremento de novos tipos de delitos às legislações penais, notadamente nos campos ambiental, econômico e financeiro e das relações de consumo; b) pelo aumento do rigor das sanções estabelecidas para inúmeros delitos³³; c) pelo crescimento significativo do número de encarceramentos³⁴ e d) pela utilização paralela de penas alternativas. A introdução destas últimas, declaradas alternativas à prisão, não conduziu a uma redução mas à ampliação do âmbito de controle penal formal. As estatísticas demonstram que, apesar de sua utilização, o número de encarceramentos aumentaram em grande parte dos países americanos e inclusive europeus. As penas alternativas complementam o campo de controle penal, uma vez que se estendem a grupos antes imunizados pelo sistema penal.

Avaliando esta situação Cohen (1988, p. 37) acentua o paradoxo que cerca o atual sistema de controle penal. Observa que o ataque ideológico às formas de controle punitivos vigentes desde a modernidade e a defesa de um suposto minimalismo penal, expresso através das idéias de Estado mínimo, de estratégias

³³ Neste campo a ampliação do rigor punitivo se deu através da cominação abstrata de penas mais graves a delitos determinados e também através da edição de leis que passaram a negar uma série de garantias penais e processuais aos acusados de determinados delitos. No Brasil, por exemplo, um intenso movimento de lei e ordem, protagonizado pela mídia, no final dos anos 80 e início dos anos 90, conduziu à edição de leis, como a lei 8.072/90 (lei dos crimes hediondos).

³⁴ Em sua instigante obra "A Indústria do Controle do Crime", Nils Christie aponta o significativo crescimento do número de encarceramentos na década de 80. Demonstra que, mesmo em países como a Holanda, com tradição política e cultural menos repressiva, o número de presos cresceu na década de 80 e 90: "As últimas notícias da Holanda não são boas para quem gostava do país como era antes. O número diário de presos para os primeiros meses de 1992 é de cerca de 7.600, o que significa 52 por cem mil habitantes. (...) Em 1975, o número era – (...) – de 2.356 presos, o que significava 17 por cem mil habitantes. A Holanda triplicou sua população carcerária desde 1975 e a Europa perdeu seu mais espetacular exemplo de tolerância" (CHRISTIE, 1998, p.39-40). O mesmo autor demonstra com dados estatísticos de 1990 e 1991 que nos Estados Unidos a população carcerária aumentou de 230 presos por cem mil habitantes, em 1979, para o número de 504 presos por cem mil habitantes, em 1991. Além do acentuado número de encarceramentos observa um crescimento significativo no número de pessoas submetidas ao controle formal. Entre presos e condenados submetidos ao "probation" ou a liberdade condicional existiam, em 1990, um total de 4.454.360 pessoas submetidas ao controle penal. "Quatro milhões e meio significa 1.794 pessoas por cem mil habitantes" (CHRISTIE, 1998, p. 82-83). No Brasil, a análise dos censos penitenciários de 1994, 1995 e 1997 demonstra um sensível crescimento no número de encarceramentos. Em 1994 havia 129.169 presos (média de 88/100 mil habitantes); em 1995 este número cresceu para 148.760 presos (95/100 mil habitantes), chegando, em 1997, a um número de 170.207 presos (100/100 mil habitantes).

de descarcerização, de adoção de medidas alternativas (comunitárias), de descriminalização, de despenalização e de respeito incondicional aos direitos humanos, têm sido acompanhados, no campo operacional, por uma intensificação e maior extensão do controle punitivo. O cárcere permanece e novas penas estendem o âmbito de incidência do controle penal. Este torna-se, portanto, mais disperso e mais difuso e, não obstante as idéias de descriminalização e de despenalização, o sistema não se debilita, acrescentando-se a ele novas formas de controle e vigilância, que trazem consigo novas formas de estigmatização.³⁵

Neste sentido, Cohen acentua que a transformação dos sistemas de controle penal é mais aparente do que real. As mudanças evidenciadas nas últimas décadas – sobretudo a introdução das medidas comunitárias – seguem, ao contrário do que possa parecer, uma trajetória de ampliação e não de redução do controle formal.

A explicação deste processo só pode ser elaborada a partir da consideração do contexto histórico em que emergem e se desenvolvem as críticas mais radicais ao sistema penal e também as propostas político-criminais alternativas, dentre as quais se situa o minimalismo penal.

As concepções teóricas minimalistas emergem em um contexto histórico marcado pela negação do modelo intervencionista de Estado, de crise do *Welfare State* e de emergência de uma nova perspectiva política e econômica: o neoliberalismo³⁶. Situam-se, do mesmo modo, no momento em que a tendência

³⁵ Maria Lucia Karam (2000, p. 343) nos fala que em matéria publicada no Jornal do Brasil de 24.03.1997 podem ser encontrados exemplos destas medidas. Numa cidade de Illinois, um fazendeiro de 62 anos cumpre sua pena em regime de prisão domiciliar por ter quebrado o nariz de um outro fazendeiro, sendo que tem no portão de entrada de sua propriedade uma placa anunciando: "Aviso. Criminoso violento mora aqui. Prossiga por seu próprio risco". Em uma loja em Houston, Texas, um homem caminha de um lado para outro carregando uma placa: "Eu roubei esta loja. Não roube você também". Cohen (1988, p. 324-326) narra o fato de haver, na Grã-Bretanha, uma associação que estuda a utilização de instrumentos tecnológicos que, implantados no corpo do condenado, permitem o controle total de seus movimentos durante 24 horas por dia.

³⁶ O neoliberalismo como movimento econômico, político e jurídico surgiu com a crise fiscal do Estado durante a década de 70. Consolidou-se durante os anos 80, quando se transformou em

cosmopolita do capitalismo se afirma através dos processos de globalização econômica e financeira e de reestruturação dos processos produtivos e das relações de trabalho. O projeto neoliberal predominante neste momento histórico caracteriza-se pela afirmação da liberdade econômica: é no mercado que os sujeitos, enquanto produtores e consumidores, são chamados a maximizar sua liberdade e satisfazer suas necessidades.

O pensamento neoliberal parte da crítica a todas as formas de intervencionismo estatal ou de regulamentação pública da economia, afirmando a liberdade de mercado como forma mais justa de organização da produção e distribuição dos bens econômicos e a sociedade liberal (aberta) como a boa sociedade. Quando transformado em prática política, provocou profundas mudanças no perfil do *Welfare State* e no conjunto de suas políticas sociais. Dentre as transformações podem ser destacadas: a) elevada redução dos investimentos sociais do Estado; b) amplos programas de privatizações e afastamento do Estado da esfera produtiva; c) diminuição do tamanho do Estado; d) implementação de economia de mercado em substituição à economia planificada.

Simultaneamente à consolidação política do ideário neoliberal, vivenciou-se, durante toda a década de 80, um processo de avanço tecnológico alucinante que conduziu o mundo a um processo acelerado de transformações, culminando,

ideologia oficial na Inglaterra e nos Estados Unidos, passando a orientar o conjunto de políticas governamentais nas gestões de Margaret Thatcher e Ronald Reagan. Constituiu-se, afinal, como modelo para o mundo durante os anos 90, consolidando-se como prática de governo nos países do antigo bloco socialista e nos países em desenvolvimento.

A incorporação do ideário neoliberal (desregulamentação econômica, livre comércio, privatizações, flexibilização de direitos sociais) nos países em desenvolvimento e nos países do antigo bloco socialista ocorreu graças às recomendações do FMI e do Banco Mundial. Destacaram-se, neste contexto, os programas sugeridos a partir do "Consenso de Washington" – que resultou de uma convergência de idéias dos países ricos sobre a adoção de programas de estabilização a partir de idéias liberais de desregulamentação financeira, liberalização comercial, privatizações e reforma tributária. A ajuda financeira aos países necessitados foi condicionada à efetivação prática dos planos de ajuste estrutural elaborados e definidos pelo Consenso de Washington.

durante a década de 90, no fenômeno da globalização econômica. Embora o conceito de globalização seja trabalhado em várias dimensões distintas (econômica, política, cultural, etc...) é forçoso convir que ela expressa, sobretudo, a idéia de constituição de uma sociedade global, cujo ponto central é a existência de um mercado mundial sem fronteiras, no qual as empresas transnacionais e os organismos multilaterais ocupam lugar de destaque. Avaliando este processo, Otávio Ianni (1996) acentua que ele expressa um novo ciclo de expansão do capitalismo que passou a operar em escala global, transformando-se num modo de produção e num processo civilizatório de alcance mundial.

Esta nova etapa de evolução do modo de produção capitalista afasta a centralidade da produção fabril e aponta para o estabelecimento de novas relações de produção. O sistema financeiro e as empresas automatizadas, que requerem um número reduzido de pessoas envolvidas diretamente na produção, substituem o modelo produtivo organizado prioritariamente na fábrica. Trata-se de um capitalismo pós-industrial, em que as relações de produção tradicionais dão lugar a um modelo globalizado marcado: a) pela exploração do mercado financeiro integrado mundialmente e desenvolvido graças aos recursos da teleinformática que permitem comunicação e operações globais instantâneas e; b) pela globalização da produção que, inicialmente alavancada pelo crescimento do fluxo de bens e de empresas com atuação internacional, está hoje caracterizada pela criação de um sistema global de produção, calcado em padrões tecnológicos e gerenciais integrados, que garantem às empresas a mobilidade e a flexibilidade necessárias a sua adaptação às demandas do mercado.

O excepcional desenvolvimento das forças produtivas introduziu um novo degrau na escala evolutiva do modo de produção capitalista e trouxe com ele um novo conjunto de desequilíbrios e uma potencial desestruturação econômica e social, que se manifesta, sobretudo, na queda estrutural dos níveis de emprego.

Neste sentido pode-se afirmar que a principal consequência do modelo capitalista neoliberal e globalizador tem sido o devastador alargamento da faixa de exclusão social. A relação explorador x explorado, que caracterizou o capitalismo industrial, cede lugar, no capitalismo pós-industrial, à dicotomia incluídos x excluídos. Vários estudos, entre os quais podem se destacar os patrocinados pela Organização das Nações Unidas e pelo Banco Mundial, demonstram o agravamento das desigualdades sociais. Por exemplo, a população mundial classificada como desempregada e sub-empregada chegou, em 2000, a 1 bilhão e 200 milhões de pessoas. Referindo-se ao modelo capitalista globalizador, Ignácio Ramonet, observa que ele provoca, no mundo inteiro, uma massa de excluídos:

"Indústrias inteiras são brutalmente arruinadas, em todas as regiões. Com os sofrimentos sociais que delas resultam: desemprego maciço, subemprego, precariedade, exclusão. (...) Exploração de homens, de mulheres – e mais escandalosa ainda – de crianças: trezentos milhões delas vivem em condições brutais. (...) A mercantilização generalizada das palavras, das coisas, dos corpos, dos espíritos, da natureza e da cultura, provoca o agravamento das desigualdades. Quando a produção mundial de produtos alimentares de base representa mais de 110 % das necessidades, trinta milhões de pessoas continuam a morrer de fome a cada ano e mais de oitocentos milhões são subalimentados. Em 1960, 20 % da população mais rica do mundo dispunha de uma renda 30 vezes mais elevada que a dos 20% mais pobres. Hoje a renda dos ricos é 82 vezes mais elevada! Dos 6 bilhões de habitantes do planeta, apenas 500 milhões vivem confortavelmente, enquanto cinco bilhões e quinhentos milhões permanecem na necessidade." (Ramonet, apud Franco, 2000, p. 114-115).

Este processo de exclusão, aliado à redução de investimentos públicos na área social intensifica o grau de conflitividade entre os diversos grupos sociais tanto no plano internacional quanto nacional.³⁷

³⁷ Referindo-se aos processos de exclusão social Zaffaroni acentua que "é da essência do ser humano ter projetos e projetar-se. Não há existência sem projetos. A exclusão é desesperança, frustra todos os projetos, fecha todas as possibilidades, potencia todos os conflitos sociais (...) e os erros de conduta. A civilização industrial gerou uma cultura do trabalho, que levava a definir a identidade pelo trabalho; a exclusão e o desemprego não apenas põem em crise a sobrevivência, mas também a identidade, sendo, portanto, fonte

Este é o campo para a explosão da conflitividade social e para as tensões sociais. Boaventura de Souza Santos (2000, p. 33) observa que elas emergem entre outras coisas, da discrepância entre expectativas e experiências. As expectativas, constituídas a partir do fortalecimento da capacidade produtiva e da consolidação normativa dos direitos civis, políticos e sociais, não adquiriram efetividade para parcelas significativas da população, nem sequer durante a experiência do Estado de Bem Estar Social. Grandes parcelas da população vivenciaram e vivenciam tão somente a experiência da expectativa, e não a transformação destas expectativas em experiências.

Neste contexto histórico altamente conflitivo, marcado pela exclusão de largas faixas dos habitantes do planeta, as premissas ideológicas de afirmação da autoridade e da ordem reavivam-se e abrem espaço para a ampliação do poder punitivo do Estado: ".....ao vitorioso Estado mínimo da pregação neoliberal, no campo econômico, corresponde um Estado máximo, vigilante e onipresente, no campo do controle social". (Karam, 2000, p. 341). O tratamento político dos conflitos sociais cede lugar, no Estado mínimo neoliberal, ao tratamento criminal, cuja consequência é o fortalecimento da espiral repressiva.

A espiral repressiva, não obstante a crítica à racionalidade sobre a qual se constitui, é reforçada e sustentada pelos mecanismos ideológicos legitimadores do poder do Estado. Estes, reforçados pelos Movimentos de Lei e de Ordem protagonizados pela mídia, sustentam, numa perspectiva estritamente eficientista, a idéia de que a ampliação quantitativa e qualitativa da pena, assim como a imposição da pena a indivíduos responsáveis por fatos socialmente negativos, poderá trazer proteção, segurança e tranquilidade social.

dos mais dispares erros de conduta. O explorado tinha um identidade e também um alvo: o explorador e tudo que simbolizava. O excluído não tem um alvo: é qualquer um não excluído." Neste contexto "....abre-se espaço para um processo progressivo de desconfiança, prevenção, temor, medo, pânico e paranóia". (ZAFFARONI, 1999).

É assim que, contrariando qualquer expectativa de transformação minimalista, o sistema penal contemporâneo tem se mostrado cada vez mais feroz, intensificando o controle social através da ampliação do poder punitivo do Estado. Paralelamente à pena privativa de liberdade, que não só subsiste como maior se faz seu rigor, surgem as chamadas penas alternativas que não aparecem como reais substitutivos da prisão no sentido de uma amenização de seus sofrimentos e de uma humanização da pena, mas sim como meio paralelo de ampliação do poder de punir e de controlar do Estado. As penas alternativas representam um instrumento para a extensão e não para a redução do âmbito de controle social formal. Através delas o sistema amplia seus tentáculos, organizando uma forma de vigilância para além dos muros da prisão que sinaliza para a onipresença do Estado, para a possibilidade de controle total sobre o indivíduo.

Neste sentido, pode-se afirmar que o minimalismo teórico aparece como uma forma de ataque ideológico às formas totalitárias de controle engendradas pela modernidade. Insurge-se contra a maximização do controle penal, a criminalização excessiva, os níveis de violência institucional que marcam os sistemas penais contemporâneos e a utilização do controle penal, especialmente o cárcere, como principal instrumento de resolução dos conflitos sociais. Aparece, todavia, em um contexto histórico marcado pelo aumento da desigualdade e da conflitividade, em que o Estado vale-se, cada vez mais freqüente e intensamente, do controle penal como instrumento de resolução dos conflitos sociais. E, talvez por isso, seja forçoso admitir que o Minimalismo, assim como qualquer outro movimento desestruturador do sistema penal, não possua espaço político e ideológico capaz de garantir a sua consolidação enquanto prática pública. Referindo-se a este aspecto, Cohen (1988, p. 319) acentua que, num contexto em que aumentam os problemas sociais e em que não há nenhuma inovação ou mudança previsível nos sistemas de controle existentes para a "solução" de tais problemas, não parece possível que sobrevivam movimentos de desestruturação. Ou seja,

"...conceitos como desordem tolerada, desmantelamento da máquina e desestabilização do sistema pareceriam mais quixotescos do que parecem hoje em dia. A resposta a um colapso real ou percebido será a de apelar a uma maior regulação, ordem e controle. (...) Assim teremos mais (que significa mais do mesmo) antes que menos".

Neste mesmo sentido Baratta (2000, p. 40) observa que

"A polarização social, a competição entre grupos de poder e a impotência do Estado diante destes fenômenos fazem necessária a invenção de novas formas de disciplina e de legitimação do poder. O sistema punitivo se aproveita deste *vacuum potestatis* apropriando-se dos espaços livres. O direito penal deixa de ser subsidiário, de constituir a *ultima ratio* de acordo com a concepção liberal clássica e se converte na *prima ratio*, uma panacéia com a qual se querem enfrentar os mais diversos problemas sociais. De tal modo, o direito penal se transforma em instrumento ao mesmo tempo repressivo (com o aumento da população carcerária e a elevação qualitativa e quantitativa do nível da pena....) e simbólico (com o recurso a leis manifesto, através do qual a classe política reage as acusações de ineficácia do sistema penal por parte da opinião pública; reação esta que evoca uma sorte de direito penal mágico, cuja principal função parece ser o exorcismo)."

Neste contexto emergem novas formas de eficientismo penal, cuja pretensão é fazer mais eficaz a reação penal, aumentando sua intensidade, até mesmo em detrimento da legalidade constitucional, ou seja, em detrimento das garantias penais e processuais estabelecidas pela tradição do direito penal liberal.

Baratta (2000, p. 41) observa que o pensamento eficientista é um pensamento que se nega a aprender a partir da percepção da ineficácia da reação penal a determinados problemas e, em vez de buscar outra reação mais eficaz, busca fazer mais efetiva a reação penal. Trata-se de um pensamento e de uma atitude que integra a crise social e política e os processos de comunicação social que as acompanham e, como tal, atinge não somente o modo pelo qual juristas, políticos e a opinião pública percebem o Direito Penal, mas também o modo pelo qual percebem e enfrentam os problemas e os conflitos sociais. Assim, partindo de uma absolutização ética dos conflitos, que se expressa na polarização bem x mal, e de uma compreensão descontextualizada e despolitizada dos mesmos, o pensamento eficientista percebe e responde a eles a partir da ótica da política criminal, ou seja, a partir do binômio crime e pena.

Parece necessário concluir que o pensamento Minimalista e o Direito Penal mínimo só poderão ter lugar quando juristas, políticos e a comunidade libertarem-se da cultura do penal, a partir de uma radical releitura das necessidades humanas e das situações de risco e de conflito. Uma tal releitura demonstrará que os conflitos sociais podem ser enfrentados para além do Direito Penal, através de políticas públicas que, à luz do projeto constitucional, sejam políticas de exercício efetivo e de proteção integral de todos os direitos fundamentais, ou seja, cidadania.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objeto de análise o minimalismo penal enquanto modelo teórico que propugna pela redução ao máximo da esfera de atuação do controle penal institucionalizado. A partir dos modelos teóricos elaborados por Alessandro Baratta e Luigi Ferrajoli buscou compreender o modo pelo qual cada deles concebe a questão relativa ao controle punitivo Estatal e o modo pelo qual cada um deles responde à crise de legitimidade que, segundo denunciam, marca os sistemas penais contemporâneos.

Partindo da constatação da existência desta crise, que se manifesta pelo fenômeno da ilegalidade do poder e pela existência de uma enorme distância entre a programação normativa e a prática operacional do sistema penal, que acaba por distanciar as funções declaradas das funções reais desempenhadas por ele, Baratta e Ferrajoli propõem estratégias que, situadas em planos diversos, dirigem-se à máxima contenção do controle punitivo e a forma de violência que o mesmo expressa.

A análise macrosociológica de base materialista realizada por Baratta leva a afirmação de que há uma lógica estrutural, não declarada, que orienta a operacionalização do sistema penal nas sociedades capitalistas contemporâneas. Observa que nelas a atuação seletiva e arbitrária do sistema penal, marcada pela violação da programação normativa e dos fins atribuídos à pena, aponta para a realização de funções inversas às declaradas e que se refere à reprodução das desigualdades sociais e da violência estrutural que marcam estas sociedades. A partir da elaboração deste 'enfoque materialista' do desvio e da criminalidade é que Baratta desconstitui a ideologia da defesa social, enquanto principal pilar de legitimação dos sistemas penais contemporâneos, e desnuda o caráter seletivo e

desigual do sistema penal, assim como sua real funcionalidade, ligada à construção da criminalidade como um bem negativo, distribuído desigualmente conforme a hierarquia de interesses fixada no sistema sócio-econômico e de acordo com a desigualdade social entre os indivíduos. Neste contexto, em que considera impossível a construção de qualquer legitimidade para os sistemas penais e em que reconhece a impossibilidade destes adequar-se à sua programação normativa e aos fins que se declaram aptos a cumprir, é que considera a possibilidade e a necessidade de se constituírem respostas distintas das punitivas para os conflitos e os problemas sociais.

Sua proposta minimalista parte, portanto, não só do reconhecimento desta lógica perversa e do papel desempenhado pelo sistema penal na manutenção de estruturas verticais de sociedade, mas também do reconhecimento da dificuldade política e cultural de supressão do controle penal formal, a curto ou médio prazo. Neste sentido, oferece estratégias que se dirigem, em primeiro lugar, à redução dos níveis de violência institucional que marcam os sistemas penais contemporâneos através do respeito irrestrito à legalidade e, em segundo lugar, à superação da ideologia punitiva que concebe o controle penal como instrumento mais eficiente e adequado para a resolução dos conflitos sociais e para a afirmação dos direitos humanos. O modelo minimalista de Baratta aproxima-se portanto das teses abolicionistas; apesar de não ter a pretensão de legitimar o sistema penal compreende sua contração como um importante momento de progresso social, no sentido do respeito aos direitos humanos.

O modelo minimalista proposto por Ferrajoli aparece inserido num universo teórico de contestação do abolicionismo penal e estrutura-se, especialmente, a partir de uma crítica que se situa nos planos ético-político e jurídico. Polemizando com os abolicionistas que realçam os custos do sistema penal, Ferrajoli busca evidenciar os custos de uma eventual anarquia punitiva. Sob sua ótica, estes custos seriam maiores do que os derivados da utilização de um Direito Penal

mínimo. Neste sentido busca construir um novo fundamento legitimante para o direito e o sistema penal : um neo-utilitarismo, em que o Direito Penal estaria justificado como instrumento impeditivo da vingança, em defesa dos direitos humanos dos desviados. A construção deste novo fundamento parte de uma crítica ético-política às teorias justificacionistas tradicionais que baseadas no utilitarismo clássico, expresso na máxima "da maior felicidade para o maior número de pessoas", e na ideologia da defesa social são acusadas de permitir a consolidação de sistemas penais máximos, onde as garantias liberais são abandonadas.

Da doutrina de justificação construída deriva o seu modelo de Direito Penal ideal: um modelo que se situa entre os sistemas de controle máximos e o abolicionismo e que representa, um direito penal maximamente condicionado e maximamente limitado à situações de absoluta necessidade. A este modelo de intervenção penal mínima corresponde um ideal de garantias, ou de tutela de direitos fundamentais, cuja satisfação representa o fim justificador do direito penal. Neste sentido, para Ferrajoli, a garantia de intervenção mínima só poderá ser assegurada, através da adoção de um sistema de princípios normativos, que funcionam como condição imprescindível para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena, e o sistema penal estará legitimado na medida em que vincular a atuação de todos os seus órgãos a este sistema de princípios garantidores.

Os modelos minimalistas de Baratta e Ferrajoli apresentam pontos de convergência e de divergência. Para além da redução drástica do sistema penal, ambos se preocupam em controlar a violência punitiva do Estado, a partir da submissão de todos os poderes públicos à legalidade e de estratégias de descriminalização, despenalização e descarceirização. Buscam oferecer respostas ao principal problema que afeta os sistemas penais contemporâneos que se refere ao desrespeito à legalidade, enquanto princípio limitador do controle punitivo e garantidor dos direitos dos condenados.

Os dois modelos também apresentam diferenças importantes. Enquanto Ferrajoli propõe uma nova forma de legitimação do sistema penal, entendendo este como uma forma de defesa dos direitos humanos dos mais fracos, Baratta ocupa-se com o desmonte do sistema penal, pois considera que o mesmo é um dos principais instrumentos para a manutenção da violência estrutural. Em última instância, é um instrumento de negação dos direitos humanos.

Os projetos minimalistas analisados desenvolvem-se num contexto de ampliação da ação repressiva do Estado. Essa política estatal máxima conflita com a perspectiva minimalizante do Estado em relação à produção e distribuição dos bens econômicos. O projeto neloliberal que reorganiza a ação do Estado a partir dos anos 80 do século XX tem multiplicado a exclusão e as distâncias entre grupos e classes sociais. Esse processo tem sido causa do aumento dos conflitos sociais. As forças políticas dominantes têm associado esse processo à lógica do binômio crime/pena, sustentando teórica e institucionalmente o desenvolvimento do sistema repressivo, através de políticas que o tornem mais eficiente na realização dos fins a que se propõe.

Tomados em referência a este contexto, os modelos minimalistas propostos por Baratta e Ferrajoli devem ser vistos como modelos que elaboram uma avaliação crítica dos sistemas penais vigentes. Por isso, ambos possuem um potencial desestruturador dos mesmos porque colocam, ainda que em níveis diferenciados, a necessidade de uma profunda redefinição da utilização do instrumental repressivo no sentido de sua adequação plena aos termos do constitucionalismo contemporâneo, que incorporou os direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, estabeleceu limites para a repressão penal. Neste sentido, eles contribuem para a crítica que incide sobre os sistemas penais vigentes, apontando seus níveis de ilegitimidade.

Não obstante isso, identifica-se uma posição divergente dos modelos minimalistas em relação a potencialidade do direito e do sistema penal

legitimarem-se a partir do cumprimento das funções de controle da violência e de afirmação dos direitos humanos. Isso significa que os modelos minimalistas de Ferrajoli e Baratta possuem um potencial legitimador distinto: enquanto o primeiro elabora um discurso racional de legitimação do Direito Penal Mínimo a partir de finalidades que considera realizáveis por ele e que se relacionam a proteção dos mais frágeis, o modelo de Direito Penal Mínimo proposto por Baratta possui uma dimensão dialética, porque potencializa tanto à legitimação quanto à desconstrução do Direito e dos sistemas penais.

A proposta minimalista de Ferrajoli se contrapõe às tendências repressivas que marcam os sistemas vigentes e, neste sentido, ainda que parcialmente, contribui para a deslegitimação destes. Mas, quando afirma o papel do Direito Penal como instrumento impeditivo de reações informais arbitrárias ou desproporcionadas e como instrumento de prevenção dos delitos, elabora, em um nível ético-político, uma discursividade que se dirige a legitimação/racionalização da resposta punitiva estatal. Embora condicione a legitimidade do controle penal a sua efetiva realização dentro dos marcos constitucionalmente traçados, reforça a crença no instrumental penal como importante elemento de defesa dos direitos humanos e de controle das situações conflitivas.

Baratta, ao contrário, questiona a resposta punitiva como instrumento para o controle das situações conflitivas e de violação de direitos humanos, afirmando a necessidade de se buscarem respostas que, situadas fora da esfera punitiva, possam contribuir para a superação destas situações. Reforça, assim, em primeiro lugar, a necessidade de adoção de uma política de defesa integral de todos os direitos e, em segundo lugar, a necessidade de formação de sujeitos coletivos multidisciplinares, cuja tarefa seria a busca incessante de soluções situadas no campo extra-punitivo, reservando-se ao Direito Penal, nesse caso absolutamente mínimo, somente as situações conflitivas que não encontrassem respostas em outros campos.

É por isso que seu modelo minimalista possui uma dupla potencialidade: porque se produz uma crítica radical aos sistemas punitivos e projeta a resolução dos conflitos humanos através de soluções não punitivas, ao mesmo tempo, aceita a possibilidade de utilização residual do Direito Penal, nos casos em que este for considerado absolutamente necessário. Assim é que seu modelo minimalista pode ser compreendido como um discurso que, de um lado, legitima, mas, de outro, desconstrói a resposta punitiva.

É certo que os modelos minimalistas se contrapõem à tendência repressiva dominante na sociedade contemporânea. Contudo, é de se perguntar se o minimalismo penal de Ferrajoli contém de fato uma solução para o controle das situações de violência presentes na ação do Estado e na sociedade. Vale lembrar que o controle da violência, através do Direito Penal, é promessa que se repete desde a fundação do Estado liberal moderno. Embora teoricamente seja possível, os resultados, até agora, têm sido pouco significativos. Nesse sentido, o projeto minimalista de Ferrajoli, por não subordinar o Direito Penal a um projeto político de consolidação dos direitos humanos, pode se transformar num simples discurso dirigido à legitimação da atividade repressiva do Estado. Mesmo que ele apareça, neste momento histórico, como algo inovador, não quer dizer que o seja. Ele deseja, em verdade, realizar o projeto da modernidade e, apenas por isso, se contrapõe ao recrudescimento das tendências repressivas da sociedade atual.

A complexidade que caracteriza as sociedades contemporâneas indica a necessidade de deslocar-se o eixo de compreensão dos conflitos sociais e da violência que nela se produz, do campo do Direito Penal para o campo dos direitos humanos, como propõe Baratta. Experimentar esse caminho talvez seja o grande desafio do século XXI e também a condição mais elementar para a legitimidade de qualquer resposta que pretenda situar-se no campo do Direito Penal.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Dogmática e Controle Penal: Em busca da segurança jurídica prometida. In: Rocha, Leonel Severo (org.). *Teoria do Direito e do Estado*. Porto Alegre : SAFE, 1994. p. 121-136.

_____. Do Paradigma Etiológico ao Paradigma da Reação Social. Mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Seqüência*, Florianópolis, n. 30, jun. 1995, p.24-36.

_____. *A ilusão de segurança jurídica – Do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997 a.

_____. Violência penal e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina? *Revista Seqüência*, Florianópolis, n. 33, dezembro, 1997 b.

_____. A construção social dos conflitos agrários como criminalidade. In : SANTOS, Rogério Dutra dos. *Introdução Crítica ao Estudo do Sistema Penal*. Florianópolis : Diploma legal, 1999. p. 23-57.

ANYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da Reação Social*. Rio de Janeiro : Forense, 1983.

BARCELLOS, Caco. *Rota 66 – A história da polícia que mata*. Rio de Janeiro : Globo, 1994.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e política penal alternativa. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, n. 23, jul-dez 1978. p. 07-21.

_____. Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad. In: *Nuevo Foro Penal*. Bogotá : Temis, 1982. p. 28-63.

_____. Viejas e nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal. *Poder y Control*, Barcelona, n. 0, pp. 77-92, 1986.

_____. Principios del derecho penal mínimo. Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 40, p. 447-457, 1987 a.

_____. Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social. *Separata de estudos penales y criminológicos XI*, Universidade de São Tiago de Compostela, 1989. p. 15-69.

_____. No está en crisis la criminología crítica. In MARTINEZ, Mauricio. *¿Que pasa en la criminología moderna?*. Bogotá : Temis, 1990. p. 94-163.

_____. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal. Una discusión en la perspectiva de la Criminología Crítica. *Revista Hispanoamericana*, Barcelona, n. 1, pp. 37- 55, 1991b.

_____. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, n. 2, p. 44-61, abr/maio/jun 1993.

_____. O Estado mestiço e a cidadania plural: Reflexões para uma teoria mundana da aliança. In: KOSOVKI, Ester (org.). *Ética na Comunicação*. Rio de Janeiro : Mauad, 1995. p. 113-131.

_____. Defesa dos direitos humanos e política criminal. *Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, p. 55-69, 1997 a.

_____. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro : Revan, 1997 b.

_____. La Política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 29, p 27-29, jan/mar 2000.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro : Revan, 1990.

BEDIN, Gilmar Antônio. *Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo*. Ijuí : Unijuí, 1997.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Traduzido por Flório De Angelis. São Paulo : Edipro, 1993.

BENTHAM, Jeremy. Uma Introdução aos princípios da moral e da legislação. In : *Os pensadores*. Tradução por Luiz João Baraúna. São Paulo : Abril Cultural, 1979.

BERGALLI, Roberto. El Control penal en el marco de la sociología jurídica. In: BERGALLI, Roberto (Coord.). *El derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica*. Barcelona: PPU, 1989.

BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da Criminalização. Dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis : Obra Jurídica, 1998.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia : uma defesa das regras do jogo*. São Paulo : Paz e Terra, 1989. 171 p.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília : Editora da Universidade de Brasília, 1994. 184 p.

CALDEIRA, Cesar. Caso do Carandiru: um estudo sócio-jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 29, p. 129-168, 2000.

CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Parte Geral. Bogotá : Editorial Temis, 1988.

CERVINI, Raul. Os processos de descriminalização. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Direitos Humanos e Direito Penal : alcance e sentido dos processos de desinstitucionalização. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, VI. 6, n. 2, abr/maio/jun 1993.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia Radical*. Rio de Janeiro : Forense, 1981.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do Controle do Crime*. Tradução por Luis Leiria. São Paulo : Forense, 1998.

_____. *Civilidade e Estado. In : Conversações Abolicionistas : Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva.* São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997. p. 241-257.

COHEN, Stanley. *Visiones del control social.* Barcelona : PPU, 1988.

COSTA, Álvaro Mayrink. *Criminologia.* Vol I, Tomo I. Rio de Janeiro : Forense, 1982.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia. O homem delinqüente e a sociedade criminógena.* Coimbra : Coimbra Editora, 1997.

FARIA, José Eduardo. *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica. O direito como instrumento de transformação social.* São Paulo : Edusp, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. . El derecho penal mínimo. *Poder y control : Prevención y teoría de la pena.* Barcelona, p. 25-48, 1978.

_____. *Justicia penal y democracia. El contexto extraprocesual. Criminológico 16,* Venezuela, p. 01-12, 1988.

_____. *O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR., José Alcebiades (org.). O novo em Direito e Política.* Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997. p.

_____. *Derecho y Razon : Teoria del garantismo penal.* Madrid : Trotta, 1995.

FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal.* Madrid : Centro Editorial de Góndora, 1904.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Traduzido por Raquel Ramallete. Petrópolis : Vozes, 1994.

_____. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro : Graal, 1996 a.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro : Nau, 1996
b.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1994.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos: notas sobre a lei 8.072/90*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.

_____. Globalização e Criminalidade dos Poderosos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 31, p.102-136, jul/set 2000.

GARÓFALO, Raffaele. *Criminologia : estudo sobre o delito e a repressão penal*. Tradução por Júlio Matos. São Paulo : Teixeira & irmãos editores, 1983.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jaqueline B. *Penas Perdidas : O sistema penal em questão*. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

HULSMAN, Louk. Temas e Conceitos numa Abordagem Abolicionista da Justiça Criminal. In: PASSETI, Edson ; DIAS DA SILVA, Roberto. *Conversações Abolicionistas : Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997. p. 189-217.

_____. La criminologia crítica y el concepto del delito. *Poder y control : Prevención y teoría de la pena*, Barcelona , p. 119-136, 1978.

IANNI, Otávio. *A Era do Globalismo*. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1996. 342p.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa : Edições 70, 1995.

KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da Pena : por uma nova atuação da justiça criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 6, p. 1994.

_____. Pelo rompimento com as fantasias em torno dos delitos e das penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 30, p. 331-350, 2000.

LOMBROSO, Cesare. *O Homem Criminoso*. Tradução por Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro : Editora Rio, 1983.

MATHIESEN, Thomas. O caminho do século XXI : Abolição, um sonho impossível? In: PASSETI, Edson ; DIAS DA SILVA, Roberto. *Conversações Abolicionistas : Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997. p. 263-287.

NASPOLINI, Samyra Haide. *O minimalismo penal como política criminal de contenção da violência punitiva*. Dissertação de mestrado : Curso de Pós-graduação em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina, 1995.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão : Um paradoxo social*. Florianópolis : UFSC, 1984.

QUEIROZ, Paulo. A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli : algumas observações críticas. In: SANTOS, Rogério Dutra (org.). *Introdução*

Crítica ao Estudo do Sistema Penal : Elementos para compreensão da atividade repressiva do Estado. Florianópolis : Diploma Legal, 1999. P. 117-127.

ROCCO, Arturo. *El Problema y el Metodo de la Ciencia dei Derecho Penal.* Bogotá : Temis, 1982.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y Estrutura social.* Bogotá : Temis, 1984.

SCHEERER, Sebastian. Um desafio para o abolicionismo. In: PASSETI, Edson ; DIAS DA SILVA, Roberto. *Conversações Abolicionistas : Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva.* São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997. p. 219-235.

SODRÉ, Moniz. *As três escolas penais.* Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1977.

SOUZA SANTOS, Boaventura. *A crítica da razão indolente – Contra o desperdício da experiência.* São Paulo : Cortez, 2000.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos?* Rio de Janeiro : Achiamé, 1983.

_____ . *A questão penitenciária.* Rio de Janeiro : Forense, 1998.
145p.

VERVALE, Jonh. *As grandes teorias da pena dos séculos XVIII e XIX. Fascículos de Ciências Penais : Penas e prisões.* Porto Alegre : SAFE, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro : Parte Geral.* São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas : A perda de legitimidade dos sistemas penais*. Tradução por Vânia Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro : Revan, 1991.

_____. *Criminologia : Aproximación desde un margen*. Colombia : Editorial Temis, 1988.

_____. *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*. Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, p III – XIV, 1999.